

DIE AUSÜBUNG VON GESELLSCHAFTERRECHTEN UND
-PFLICHTEN IN DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT
DURCH DEN GESETZLICHEN VERTRETER

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hartwig Knitter

Gerichtsreferendar aus Berlin

Marburg

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554409_0070

DIE AUSÜBUNG VON GESELLSCHAFTERRECHTEN UND -PFLICHTEN
IN DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT
DURCH DEN GESETZLICHEN VERTRETER

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Hartwig Knitter
Gerichtsreferendar aus Berlin

Marburg
1968



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am: 26. Mai 1968

Berichterstatter: Professor Dr. Henrich

Mitberichterstatter: Professor Dr. Reinhardt

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Dezember 1968

	Seite
A. Einleitung	1
B. Die Zulässigkeit der Ausübung von Gesellschafterrechten und -pflichten in der Offenen Handelsgesellschaft durch den gesetzlichen Vertreter	4
1. Teil: Der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Gesell- schafters	4
1. Die Mitverwaltungsrechte in der Offenen Handelsgesellschaft	8
1. Das Vertretungsrecht	8
a. Der nicht ermächtigte Minderjährige	8
aa. Stellung des Minderjährigen	8
bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters	11
1) Verhältnis der gesetzlichen Vertretung zum Recht der Offenen Handelsgesellschaft	11
2) Verhältnis der gesetzlichen Vertretung zur Interessen- lage in der Offenen Handelsgesellschaft	14
a) Interesse des Minderjährigen an der gesetzlichen Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft	14
b) Interesse der Gesellschafter am Ausschluß des gesetzlichen Vertreters von der Ausübung des Vertretungsrechts	19
aa) Geltung der Haftungsregelung	23
aaa) Ausübung des Vertretungsrechts	23
aab) Überschreitung des Vertretungsrechts	27
aac) Bestehen von Regressansprüchen	30
bb) Geltung der Vorschrift über den Entzug der Vertretungsmacht	31
cc) Geltung der Vorschriften über die Auflösungs- und Ausschlußklage	36
3) Bindung des gesetzlichen Vertreters an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts	42
b. Der ermächtigte Minderjährige	45

c. Der von der Vertretung ausgeschlossene Minderjährige	Seite 51
2. Das Geschäftsführungsrecht	56
3. Das Widerspruchsrecht	60
4. Das Stimmrecht	62
5. Das Informationsrecht	69
6. Das Kündigungsrecht	71
7. Das Recht auf Mitwirkung bei der Liquidation	73
II. Die Mitverwaltungspflichten in der Offenen Handelsgesellschaft	74
1. Die Anmeldepflicht	74
2. Die Buchführungspflicht	75
3. Das Wettbewerbsverbot	77
4. Die Treupflicht	79
III. Die Vermögensrechte in der Offenen Handelsgesellschaft	81
1. Anspruch aus § 122 HGB	81
2. Die Ersatzansprüche für Aufwendungen	87
3. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben	98
IV. Die Vermögenspflichten in der Offenen Handelsgesellschaft	90
1. Die Beitragspflicht	90
2. Die Ersatzpflicht wegen schuldhafter Handlungen	92
3. Die Verzinsungspflicht	93
2. Teil: Der gesetzliche Vertreter eines volljährigen Gesellschafters	94
I. Vormundschaft	94
II. Pflegschaft	97
C. Zusammenfassung	107

A. Einleitung

Die Offene Handelsgesellschaft ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei der jeder einzelne Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft unbeschränkt haftet. Diese Begriffsbestimmung der Offenen Handelsgesellschaft ergibt sich aus § 105 Abs. 1 HGB.¹⁾

Nach § 105 Abs. 2 HGB legt das HGB den Gesellschaftsbegriff des BGB²⁾ zugrunde. Danach ist eine Gesellschaft eine Vereinigung von Personen, bei der sich die Beteiligten gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern (§ 705 BGB). Die Offene Handelsgesellschaft setzt somit einen Vertrag voraus.³⁾

Der Gesellschaftsvertrag regelt das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander. Inhalt dieses Rechtsverhältnisses bildet die Mitgliedschaft.⁴⁾ Sie bestimmt die Stellung einer Person innerhalb der Gesellschaft. Die Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis enthält Rechte und Pflichten und steckt dadurch den Einflußspielraum jedes Gesellschafters und seinen persönlichen und vermögenswerten Einsatz ab.⁵⁾

Das Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern in der Offenen Handelsgesellschaft bildet eine Verbundenheit, die die ganze Persönlichkeit des Gesellschafters erfaßt, mit seinem Wissen, seiner Erfahrung und seiner Arbeitskraft. Der Gesellschaftsvertrag wird mit Rücksicht auf die Person des Gesellschafters abgeschlossen. Die Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft binden sich auf Grund gegenseitigen Vertrauens in die bestimmte Person des Partners.⁶⁾

Es gibt nun aber eine große Anzahl von Fällen, in denen die Ausübung der aus der Mitgliedschaft fließenden Rechte und Pflichten nicht durch den Gesellschafter selbst, sondern durch einen Dritten, einen Nichtgesellschafter, wahrgenommen wird. In Betracht kommen die Fälle der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Vertretung, der Amtstätigkeit in der Personengesellschaft, wie der Testamentsvollstreckung und der Konkursverwaltung, und der Beteiligung Dritter am Mitgliedschaftsrecht, wie des Nießbrauchs und des Pfandrechts an Geschäfts-

1) HGB = Handelsgesetzbuch

2) BGB = Bürgerliches Gesetzbuch

3) Hueck, OHG, S. 2

4) Siebert in Steuerberater-Jahrbuch S. 301

5) Wiedemann, S. 32

6) Hueck, OHG, S. 20

anteilen.¹⁾

Wird durch den Erwerb der Mitgliedschaft an einer Offenen Handelsgesellschaft ein Rechtsverhältnis begründet, das die Individualität der Persönlichkeit des Gesellschafters in bestimmtem Umfang erfaßt, so ist zu klären, ob dieses Rechtsverhältnis überhaupt die Ausübung der aus ihm entspringenden Rechte durch einen Nichtgesellschafter zuläßt.

Gegenstand der Untersuchung wird daher vor allem die Zulässigkeit der Ausübung von Gesellschafterrechten und -pflichten in der Offenen Handelsgesellschaft durch Nichtgesellschafter sein. Die Arbeit beschränkt sich hierbei auf den gesetzlichen Vertreter.

Wir stoßen im Rahmen dieser Untersuchung auf folgende grundsätzliche Problematik:

Einerseits sind die Rechte und Pflichten in einer Gesellschaft verschieden von denjenigen außerhalb einer Gesellschaft gestaltet. Das Mitglied einer Gesellschaft wird von der Gesellschaft in seinen persönlichen Eigenschaften von anderen Seiten und mit verschiedener Intensität erfaßt als außerhalb einer solchen Gemeinschaft. Der Grund hierfür liegt darin, daß ein Personenzusammenschluß zur Verfolgung gemeinsamer Interessen die Berücksichtigung der Interessen der Anderen voraussetzt und damit zwangsläufig zu einem Verlust an Handlungsfreiheit innerhalb dieser Gemeinschaftssphäre führt.²⁾ Andererseits finden sich aber im Gesellschaftsrecht keine Normen, die sich auf die Stellung des gesetzlichen Vertreters und des Vertretenen beziehen und der anderen rechtlichen Konstellation in der Gesellschaft Rechnung tragen.³⁾

Diese beiden Umstände legen die Vermutung nahe, daß sich bei der Untersuchung der Rechtsstellung des gesetzlichen Vertreters und des Vertretenen, die eine Anwendung von bürgerlich-rechtlichen Normen im Gebiet des Gesellschaftsrechts bedingt, Kollisionen zwischen den Normen beider Rechtsgebiete ergeben.⁴⁾

1) Siebert in Steuerberater-Jahrbuch, S. 299 ff.

2) Wiedemann, S. 41

3) v. Hahn, Zus. 1 zu Art. 56: "Es war beantragt worden, neben dem Procuristen noch diejenigen Personen im Gesetzbuch zu erwähnen, die ein Handelsgeschäft in Vertretung eines Dritten in dessen Namen, auf dessen Rechnung führen, z.B. der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen oder Geisteskranken (Prot. S. 73). Es machte sich jedoch in der Konferenz die Ansicht geltend, daß ein solcher Handlungsverwalter keine besonders abgegrenzte handelsrechtliche Person sei, daß vielmehr der Umfang seiner Berechtigung nach den über die Vormundschaft etc. bestehenden Civilgesetzen beurteilt werden müsse; es wurde daher beschlossen, über denselben nichts im Gesetzbuch aufzunehmen."

4) Näf, S. 3

Es greifen zwar gemäß § 105 Abs. 3 HGB subsidiär die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft ein und gemäß Art. 2 EGHGB¹⁾ gilt allgemein der Grundsatz, daß die Vorschriften des BGB in Handelssachen subsidiär zur Anwendung kommen, da das Handelsrecht ein Teil des Zivilrechts ist und überall dort, wo das HGB im konkreten Fall Lücken aufweist, das BGB hilft.²⁾

Das berechtigt jedoch nicht zu dem Schluß, daß die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, die im HGB fehlen, auch im Gesellschaftsrecht angewendet werden können. Es ist vielmehr im Einzelnen zu prüfen, ob nicht überwiegende gesellschaftsrechtliche Interessen der Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Grundsätze entgegenstehen.

Daher bedarf es einer Klärung, inwieweit eine Anwendbarkeit der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über die gesetzliche Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft gegeben ist, wie sie sich auf die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte auswirkt und in welchem Verhältnis sie zu den handelsrechtlichen Vorschriften steht.

Das zu behandeln, soll Aufgabe dieser Arbeit sein.

Im Rahmen der gesetzlichen Vertretung kommen die Eltern³⁾, der Vormund und der Pfleger⁴⁾ zur Behandlung.

Die Stellung der Eltern entspricht nicht genau derjenigen des Vormunds, was sich vor allem in einer größeren Selbstständigkeit der ersteren im Sinne der Unabhängigkeit von behördlicher Mitwirkung äußert. Die Rechtsstellungen sind jedoch im großen Ganzen gleichartig, so daß im Verlaufe der Arbeit allgemein vom gesetzlichen Vertreter die Rede sein wird und die Eltern, bzw. der Vormund, nur dort speziell erwähnt werden, wo die rechtliche Behandlung ihrer Rechtsstellungen voneinander abweicht.

Da gemäß § 1915 BGB die Regeln über die Vormundschaft auch auf die Pflegschaft anzuwenden sind, sofern sich keine Ausnahmen aus den §§ 1909 ff BGB ergeben, so gilt alles das über den Vormund Gesagte auch für den Pfleger eines minderjährigen Gesellschafters. Es wird nur bei Ausnahmen speziell auf den Pfleger eines Minderjährigen eingegangen werden.

Der Behandlung des Vormunds und des Pflegers eines volljährigen Gesellschafters wird ein besonderes Kapitel gewidmet.

1) EGHGB = Einführungsgesetz zum HGB

2) Badewitz, S. 7

3) § 1629 Abs. 1 BGB, der die Vertretung des Kindes dem Vater zuweist, ist nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959 (NJW 59, 1483) nichtig. Da die Vertretung ein Teil des Sorgerechts (§ 1626 Abs. 2 BGB) ist und die entgegenstehende Bestimmung des § 1629 Abs. 1 BGB aufgehoben ist, steht fest, daß die Vertretung beiden Eltern gemeinsam zusteht. Plandt-Lauterbach § 1626, 3: OLG Hamm in EJF A I f S. 61

4) Zu der Frage, ob der Pfleger gesetzlicher Vertreter ist, vgl. S. 98

B. Zulässigkeit der Ausübung von Gesellschafterrechten und -pflichten in der Offenen Handelsgesellschaft durch den gesetzlichen Vertreter.

1. Teil: Der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Gesellschafters.

Ein Fall der Ausübung von Gesellschafterrechten und -pflichten in der Offenen Handelsgesellschaft durch den gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen kann sich nur dann ergeben, wenn ein Minderjähriger Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft sein kann.

Natürliche Personen erwerben erst mit der Volljährigkeit, das heißt mit Vollendung des 21. Lebensjahres, die Fähigkeit, durch eigene Handlungen am Rechtsverkehr teilzunehmen (Geschäftsfähigkeit).¹⁾ Bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres ist der Minderjährige geschäftsunfähig (§ 104, 1 BGB). Der Minderjährige kann jedoch durch einen ihm zur Seite gestellten Vertreter, der für ihn einen rechtlich relevanten Willen zu bilden vermag, am Rechtsverkehr teilnehmen. Nur dieser ist imstande, für den Minderjährigen Rechtsgeschäfte abzuschließen. Hat der Minderjährige das 7. Lebensjahr vollendet, dann wird ihm vom Gesetzgeber eine beschränkte Geschäftsfähigkeit verliehen (§ 106 BGB). Er kann dann zwar selbst Rechtsgeschäfte abschließen, diese sind aber nur wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter darin einwilligt oder sie genehmigt. Ausnahmsweise kann der beschränkt Geschäftsfähige ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters wirksam ein Rechtsgeschäft eingehen, wenn dies ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (§§ 107, 108 BGB).

Zur Wirksamkeit einiger Rechtsgeschäfte, die eine besonders gefährvolle Haftung für den Minderjährigen mit sich bringen oder vermögensmäßig von besonderer Bedeutung sind, ist auch, wenn sie der gesetzliche Vertreter abschließt oder ihnen zustimmt, eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung notwendig (§§ 1821, 1822, 1643 BGB). Ein Geschäft, welches der Minderjährige ohne die notwendige Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters und die darüber hinaus etwa notwendige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornimmt, ist uneingeschränkt nichtig, wenn der gesetzliche Vertreter und gegebenenfalls das Vormundschaftsgericht die nachträgliche Genehmigung verweigern (§ 108 BGB). Hatte der Geschäftspartner angenommen, der Minderjährige sei volljährig, so ist dieser Glaube selbst dann unerheblich, wenn der Geschäftspartner dies nach den Umständen, insbesondere der äußeren

1) Palandt-Danckelmann § 2,1

Erscheinung des Minderjährigen annehmen konnte. Der gute Glaube deckt nicht die mangelnde Geschäftsfähigkeit.¹⁾

Fehlt dem Minderjährigen mithin die Fähigkeit, durch eigene Handlungen am Rechtsverkehr teilzunehmen, so fragt es sich, ob er überhaupt Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft sein kann.

Der Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft besitzt die Kaufmannseigenschaft. Denn nicht die Offene Handelsgesellschaft, sondern die einzelnen Gesellschafter betreiben das Handelsgewerbe der Offenen Handelsgesellschaft. Die Geschäfte werden im Namen sämtlicher Gesellschafter geschlossen, die Firma stellt nur den gemeinschaftlichen Namen dar.²⁾

Somit trifft für die Gesellschafter die Begriffsbestimmung des § 1 HGB zu, nach der jeder Kaufmann ist, der ein Handelsgewerbe betreibt. In Bezug auf die Mitgliedschaft einer Offenen Handelsgesellschaft sind die Gesellschafter somit Kaufleute.³⁾

Voraussetzung für die Mitgliedschaft des Minderjährigen in der Offenen Handelsgesellschaft ist daher, daß auch der Minderjährige fähig ist, die Kaufmannseigenschaft zu erwerben.⁴⁾

Die Fähigkeit, Kaufmann zu sein, hängt lediglich von der Frage der Rechtsfähigkeit ab. Jeder, der rechtsfähig ist, kann auch Kaufmann sein, ohne daß hierfür beschränkte Geschäftsfähigkeit oder unbeschränkte Geschäftsfähigkeit Bedingung wäre. Das Fehlen oder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit nimmt dem Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen nicht die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

Der Minderjährige kann daher Kaufmann sein⁵⁾ und damit auch die Gesellschafterstellung in einer Offenen Handelsgesellschaft bekleiden.⁶⁾

Die Eigenschaft eines Gesellschafters, Glied einer bestimmten Gesellschaft zu sein, bezeichnen wir als Mitgliedschaft.⁷⁾ Die Mitgliedschaft stellt ein Rechtsverhältnis dar, daß die Beziehungen einer Person zu anderen Personen regelt.⁷⁾ Sie ist die Beziehung des Ge-

1) Baumbach-Duden § 5, 2, E. Palandt-Danckelmann § 108, 1

2) Badewitz S. 10

3) Düringer-Hachenburg-Geiler § 1, 6; § 6, 8; Haupt-Reinhardt S. 43; Hueck, OHG S. 21; Schlegelberger-Gessler § 105, 29; Würdinger in RGR-K HGB § 1, 13 d.

4) vgl. auch Badewitz S. 10

5) Baumbach-Duden § 1, 5 A

6) Badewitz, S. 36; Hueck, OHG, S. 15; 219 ff.; Weipert in RGR-K HGB § 127, 16

7) Hirsch, S. 137; Wiedemann, S. 23

sellshafters zu der Gesellschaft, kraft deren der Gesellschafter sowohl in der Gesellschaft als auch ihr gegenüber steht.¹⁾ Die Mitgliedschaft legt die Befugnisse und Verpflichtungen des Gesellschafters fest.²⁾ Sie kann als Recht mit personenrechtlichem und vermögensrechtlichem Doppelcharakter aufgefaßt werden.³⁾ Es kann daher zwischen gesellschaftlichen Mitverwaltungsrechten und gesellschaftlichen Vermögensrechten unterschieden werden.⁴⁾ Demgegenüber stehen Mitverwaltungspflichten und Vermögenspflichten.⁵⁾ Die Mitverwaltungsrechte geben dem Gesellschafter die personenrechtliche Befugnis, seine Stellung innerhalb des Verbandes und außerhalb des Verbandes gegenüber Dritten zu regeln.⁶⁾

Die gesellschaftlichen Vermögensrechte sind nicht einfach mit den daraus erwachsenden Gläubigerrechten gleichzusetzen⁷⁾, sondern werden durch den Maßstab des Kapitalanteils bestimmt, der sowohl die vermögensrechtliche als auch die personenrechtliche Beteiligung eines Gesellschafters beeinflussen kann.⁸⁾

Ähnlich den Gestaltungsrechten sind sowohl die Mitverwaltungsrechte als auch die Vermögensrechte Machtbefugnisse oder Organisationsrechte, die den Gesellschaftern innerhalb der Gesellschaft einen Handlungsspielraum zur Verfolgung und zum Schutz ihrer Interessen geben.⁹⁾

Die gesellschaftlichen Pflichten entspringen ebenfalls aus der Mitgliedschaft und obliegen den Gesellschaftern gegeneinander und gegenüber der Gesellschaft.¹⁰⁾

Hat somit jeder Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft kraft seiner Mitgliedschaft gewisse gesellschaftliche Rechte und Pflichten, so ist gemäß der oben erfolgten Bejahung der Gesellschaftsqualität eines Minderjährigen auch dieser Inhaber solcher Rechte und Pflichten.

Das Problem der Ausübung von gesellschaftlichen Rechten und Pflichten durch einen Nicht-gesellschafter, hier den gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Gesellschafters, stellt

1) Heinsheimer, S. 27; Hirsch, S. 137

2) Siebert in Steuerberater-Jahrbuch, S. 301

3) Hirsch, S. 138; Wiedemann, S. 39

4) Heinsheimer, S. 21; Hueck, OHG, S. 193; Soergel-Siebert, § 38 BGB, 12

5) Wiedemann, S. 29, 30

6) Wiedemann, S. 33; Heinsheimer, S. 51

7) So aber: Heinsheimer, S. 53

8) Wiedemann, S. 38 und 308

9) Wiedemann, S. 33

10) Siebert in Steuerberater-Jahrbuch, S. 301; Wiedemann S. 29, 30

sich jedoch nur soweit, als der Minderjährige nicht selbst zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte und -pflichten befugt ist.

Aus den Erörterungen über die Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen folgt, daß für den geschäftsunfähigen Minderjährigen bis zu einem Alter von 7 Jahren nur der gesetzliche Vertreter befugt ist zu handeln, da dem Minderjährigen jede Möglichkeit, einen eigenen rechtlichen Willen zu bilden, fehlt. Hier stellt sich also in jedem Fall das Problem der Ausübung von gesellschaftlichen Rechten und Pflichten durch den gesetzlichen Vertreter als Nichtgesellschafter.

Bei dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen ist die Frage der Ausübung von Gesellschafterrechten und -pflichten durch ihn selbst oder durch den gesetzlichen Vertreter jedoch bestritten.¹⁾

Dieser Streitfrage soll zuerst nachgegangen werden.

Die Untersuchung, inwieweit der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige seine Gesellschafterrechte und -pflichten selbst ausüben kann, bezieht sich zuerst auf die Mitverwaltungsrechte. Hierbei soll das Vertretungsrecht eines Gesellschafters behandelt werden.

Es wird von der vom Gesetz als Norm gegebenen Regelung ausgegangen, die jedem Gesellschafter, also auch dem Minderjährigen, die Vertretungsbefugnis gemäß § 125,1 HGB zuspricht.

Endlich soll zuerst der Fall zur Behandlung kommen, daß der Minderjährige keine Ermächtigung nach § 112 BGB besitzt.

1) Hueck, OHG, S: 219 Anm. 85

I. Die Mitverwaltungsrechte in der Offenen Handelsgesellschaft.

1. Das Vertretungsrecht

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Das Vertretungsrecht gehört zu den sich aus dem Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft ergebenden Mitverwaltungsrechten.¹⁾ In der Offenen Handelsgesellschaft entwickelt sich wie in jedem Personenverband ein doppeltes Leben, einerseits ein inneres zwischen den Gesellschaftern (Innenverhältnis) und andererseits ein äußeres zwischen der Gesellschaft und Dritten (Außenverhältnis). Die Vertretung ist eine Angelegenheit der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten. Das Vertretungsrecht ist daher das Recht des Gesellschafters, im Namen der Gesellschaft mit Dritten in Rechtsverkehr zu treten.²⁾

Jedem Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft steht dieses Recht kraft Gesetzes (§ 125,1 HGB) zu. Das Vertretungsrecht steht daher auch dem Minderjährigen zu, der wie bereits erläutert eine Gesellschafterstellung in der Offenen Handelsgesellschaft innehaben kann.

Die Frage stellt sich aber, ob der Minderjährige imstande ist, das Vertretungsrecht selbst auszuüben und, wenn nicht, ob der gesetzliche Vertreter zur Ausübung befugt ist.

Betrachtet man die Mitverwaltungsrechte, somit auch das Vertretungsrecht, nicht als Rechte, vermöge deren der Berechtigte die Angelegenheiten seiner individuellen Persönlichkeit ordnet, sondern als Befugnisse, für eine Personenmehrheit zu wirken, in welcher der Befugte nur ein unselbstständiger Teil ist, dann könnte man auf den Gedanken kommen, auf die Ausübung des Vertretungsrechtes durch den minderjährigen Gesellschafter § 107 BGB anzuwenden.³⁾ Wenn nämlich durch das Vertretungsrecht nicht eigentlich Angelegenheiten des Gesellschafters selbst, sondern Angelegenheiten der Gesellschaft, also einer Gesamtheit geordnet werden, so könnte die Ausübung des Vertretungsrechtes Willenserklärungen darstellen, durch die dem minderjährigen Gesellschafter kein rechtlicher Nachteil entsteht, so daß der Minderjährige diese daher in umgekehrter Anwendung des § 107 BGB selbständig abgeben könnte.⁴⁾

1) Heinsheimer, S. 45; Hirsch, S. 138; Hueck, OHG, S. 193

2) Schlegelberger-Geßler § 125,2; Weipert in RGR-K HGB § 125,2

3) Badewitz, S. 43; Heinsheimer, S. 95

4) Heinsheimer, S. 95

Die Voraussetzungen des § 107 BGB, Wegfall der grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit, ist jedoch nicht gegeben.¹⁾ Wenn auch durch die Ausübung des Vertretungsrechtes an sich die Gesellschaft als solche betroffen wird, so ist andererseits doch zu bedenken, daß bei der Ausübung des Vertretungsrechtes grundsätzlich auch die Stellung des einzelnen Gesellschafters- hier des Minderjährigen - berührt wird. Durch eine Verpflichtung der Gesellschaft führt der Minderjährige als Mithaftender (§ 128 HGB) gleichzeitig eine eigene Verpflichtung herbei, der Wert seines Anteils am Gesellschaftsvermögen wird verändert. Wohl mögen einzelne Vertretungsakte der Gesellschaft und damit dem Minderjährigen rechtliche Vorteile bringen, aber die freiere Stellung des § 107 BGB soll der Minderjährige nicht schon dann haben, wenn irgendeine Willenserklärung ihm keinen rechtlichen Nachteil bringt, sondern wenn die Willenserklärung ihrer generellen Beschaffenheit nach hinsichtlich Vor- oder Nachteilen indifferent ist.²⁾

§ 107 BGB kann daher nicht als Begründung für die eigene Ausübung des Vertretungsrechtes durch den Minderjährigen herangezogen werden.

Von einigen Autoren wird die Meinung vertreten, daß hinsichtlich der Vertretung der Gesellschaft durch einen beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen § 165 BGB Anwendung finden könne.³⁾

Da gemäß § 165 BGB die Wirksamkeit einer von einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so könne auch der minderjährige vertretungsberechtigte Gesellschafter die Vertretungsmacht in der Offenen Handelsgesellschaft ausüben.

§ 165 BGB beruht jedoch auf dem Gedanken, daß das Handeln als bloßer Vertreter nur das Vermögen des Vertretenen und nicht das Vermögen des Vertreters beeinflußt.⁴⁾ Der Minderjährige vertritt zwar bei Rechtsgeschäften mit Dritten die Gesellschaft und verfügt über Vermögensteile des Gesellschaftsvermögens, aber es ist zu berücksichtigen, daß der Minderjährige, der als Vertreter der Gesellschaft fungiert, immer auch für sich selbst handelt, da er ja der Gesamtheit, die er vertritt, mit angehört. Durch eine Verpflichtung der Gesellschaft begründet er eine eigene Verpflichtung gemäß § 128 HGB. Das aber widerspricht dem Ge-

1) Badewitz, S. 43

2) Heinsheimer, S. 95

3) Brand § 125,1; Goldmann § 125,5; Lehmann-Ring § 125,4; Wieland, S.597 im Erg. ebenso.

4) Palandt-Danckelmann § 165, 1; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 165,2; Staudinger-Coing § 165,1

danken des § 165 BGB, der ein Sichselbstvertreten nicht vorsieht. Würde der Minderjährige auf Grund des § 165 BGB die Vertretungsmacht in der Gesellschaft ausüben können, so würde das nicht nur für den Minderjährigen, sondern auch für die Gesellschaft eine Gefahr bedeuten. Der Minderjährige könnte gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters alle erdenklichen Rechtsgeschäfte vornehmen, z.B. eine Darlehnsaufnahme oder Wechselbezeichnung. Selbst Beschränkungen, die man dem Minderjährigen auferlegen würde, würden nur im Innenverhältnis wirken und nach außen hin keine Bedeutung haben.¹⁾ Nur die Entziehung der Vertretungsmacht könnte die Gesellschaft vor unüberlegtem Handeln des Minderjährigen schützen; damit würde aber dann auch dem gesetzlichen Vertreter die Vertretungsmacht entzogen, was wiederum unerwünscht sein kann. Bestünde eine Offene Handelsgesellschaft aus zwei minderjährigen Gesellschaftern, so würde eine Anwendung des § 165 BGB dazu führen, daß jeder sich unbeschränkt haftbar machen könnte, nur weil er den Anderen mitvertritt.²⁾ Außerdem würde die nach § 165 BGB dem minderjährigen Gesellschafter gewährte Vertretungsmacht weit über die nach § 112 BGB vorgesehene Ermächtigung hinausgehen. Der nicht ermächtigte Minderjährige hätte damit größere Macht als der Minderjährige, dem eine Ermächtigung nach § 112 BGB erteilt worden ist. Aus diesen Gründen muß eine Anwendung des § 165 BGB auf die Vertretung der Gesellschaft durch einen beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen verneint werden.³⁾

Da der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige somit nicht imstande ist, auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift das Vertretungsrecht in der Offenen Handelsgesellschaft selbst auszuüben, so bleibt auch für ihn wie für den geschäftsunfähigen Minderjährigen nur die Person des gesetzlichen Vertreters, die das Vertretungsrecht ausüben könnte.

Inwieweit dieser bürgerlich-rechtliche Grundsatz der gesetzlichen Vertretung im Gesellschaftsrecht gilt, sowie der gesamten Stellung des gesetzlichen Vertreters in der Offenen Handelsgesellschaft, dient die folgende Untersuchung.

1) Badewitz, S. 47

2) Flechtheim in Düringer-Hachenburg § 126, 12

3) Heinsheimer, S. 103; Hueck, OHG, S. 220; Flechtheim in Düringer-Hachenburg § 126, 12; Lehmann, S. 120; Staub-Pinner § 125 Anm. 1a

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

1. Verhältnis der gesetzlichen Vertretung zum Recht der Offenen Handelsgesellschaft.

Die Offene Handelsgesellschaft wird nicht durch das eingebrachte Vermögen, sondern durch die persönliche Haftung und die Mitarbeit der Gesellschafter, zu der diese nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, bestimmt. Das Individuum in seiner Individualexistenz ist für die Gesellschaft von entscheidender Bedeutung.¹⁾ Die Offene Handelsgesellschaft baut auf den Persönlichkeiten der Gesellschafter, ihrer Mitarbeit, ihrer persönlichen Haftung auf, nicht aber auf einem bestimmten Grundkapital.²⁾

In welchem Maße die Offene Handelsgesellschaft auf die Persönlichkeit des Gesellschafters abstellt, ergibt sich einmal aus § 131 Nr. 4 HGB, wonach der Tod eines Gesellschafters die Auflösung der ganzen Gesellschaft nach sich zieht, obschon das den Untergang des Gesellschaftsunternehmens zur Folge haben kann.

Einen anderen Anhaltspunkt, wie das Handelsgesetzbuch die Vertrauensgrundlage bei der Offenen Handelsgesellschaft bewertet, ergibt § 177 HGB. Der Tod eines Kommanditisten, dem das Gesetz die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht vorenthält, hat die Auflösung der Kommanditgesellschaft nicht zur Folge. Seine Beteiligung setzt daher, das ist rückwirkend aus dieser gesetzlichen Machtgestaltung zu entnehmen, nicht ein solches Vertrauen in seine Person voraus.³⁾

Das Mitgliedschaftsverhältnis einer Personengesellschaft ist insofern stärker als das einfache bürgerlich-rechtliche Schuldverhältnis, auch wenn das bürgerliche Gesetzbuch die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft in den §§ 705 ff BGB schlechthin in die Schuldverhältnisse einordnet. Denn der Personenzusammenschluß zur Verfolgung gemeinsamer Interessen führt im Gegensatz zur Schuldner-Gläubiger Gemeinschaft nicht nur zu obligatorischen Bindungen, sondern zu einem Verlust an Handlungsfreiheit.⁴⁾ Das gemeinsame Interesse schränkt gewisse bürgerlich-rechtliche Machtbefugnisse, z.B. das Recht zur Übertragung der Mitgliedschaftsrechte, ein (§ 717, 1 BGB).

1) Nbf, S. 7

2) Hueck, OHG, S.20; Weipert in RGR-K HGB Vorbem. 3 zu § 105 HGB

3) Müller-Erzbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau, S. 123

4) Wiedemann, S. 41

Auch die Mitverwaltungsrechte sind somit persönlicher Natur und stehen nur den Mitgliedern zu.¹⁾ Nur diese dürfen darüber bestimmen, wie die von ihnen erbrachten Einlagen verwendet werden und wie der Gesellschaftszweck zu erreichen ist; denn für diese Entscheidungen müssen die Mitglieder der Offenen Handelsgesellschaft mit ihrer persönlichen Haftung ein- stehen. Die Mitverwaltungsrechte sind daher ihrer Substanz nach unlösbar mit der Mitgliedschaft verbunden.²⁾ Die Struktur der Mitgliedschaft verbietet es somit grundsätzlich, daß die personenrechtlichen Mitgliedschaftsrechte durch Dritte ausgeübt werden.³⁾

Als Grundsatz kann der Satz aufgestellt werden: "Dritte sollen von dem inneren Leben der Gesellschaft tunlichst ferngehalten werden."⁴⁾

Da wie bereits festgestellt der minderjährige Gesellschafter keinen eigenen rechtlich relevanten Willen zu bilden vermag und somit seine Individualität für die Gesellschaft entfällt, kommt für die Gesellschaft nur die Person des gesetzlichen Vertreters in Betracht. Ob aber das Auftreten eines gesetzlichen Vertreters in einer Personalgesellschaft mit dem soeben aufgestellten Grundsatz, Dritte vom inneren Leben der Gesellschaft fernzuhalten, zu vereinbaren ist, erscheint fraglich.

Zweifel an der Möglichkeit, die Persönlichkeit des minderjährigen Gesellschafters durch den gesetzlichen Vertreter in der Gesellschaft zum Ausdruck zu bringen, ergeben sich daraus, daß der gesetzliche Vertreter den Willen für den Minderjährigen nicht nur weiterleiten, sondern auch bilden muß.

Die Behauptung, daß der gesetzliche Vertreter, der für einen Minderjährigen tätig werde, nicht eine von diesem verschiedene Person, sondern eine Ergänzung seiner Persönlichkeit, ein "alter ego", sei,⁵⁾ vermag nicht zu überzeugen. Auch der gesetzliche Vertreter vermag nur einen Willen gemäß seinen eigenen individuellen Anlagen zu bilden und da jeder Mensch sich von einem anderen unterscheidet, kann der gesetzliche Vertreter nicht einen Willen bilden, der demjenigen des Minderjährigen völlig entspricht.

Die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters in der Offenen Handelsgesellschaft erscheint da möglich, wo es gilt, Angelegenheiten mit objektiven Kriterien der Vernunft zu regeln; sie

1) Weipert in RGR-K HGB § 109,4,5; Schlegelberger-Geßler § 109,10; BGH BB 62,233

2) Weipert in RGR-K HGB § 109,3

3) Schlegelberger-Geßler § 109,10; Siebert in Steuerberater-Jahrbuch S. 320; Weipert in RGR-K HGB § 109,5; BGH BB 62,233

4) Weipert in RGR-K HGB § 109,4

5) Badewitz, S. 63

erscheint jedoch ausgeschlossen, wenn in den gesellschaftlichen Tätigkeiten die Individualität des Gesellschafters zum Ausdruck gelangen soll.¹⁾ Die Persönlichkeit des Gesellschafters, die bei den Personalgesellschaften eine wesentliche Rolle spielt, kann dann schwerlich von der gesellschaftlichen Bindung erfaßt werden.

Aus diesem Grunde wird auch die Ansicht vertreten,²⁾ daß der gesetzliche Vertreter nicht befugt sei, das gesellschaftliche Vertretungsrecht für den Minderjährigen auszuüben. Die Mitgesellschafter hätten sich auf Grund des Vertrauens in die Person des Mitgesellschafters, dessen Fähigkeit und persönlichen Einsatz, zusammengeschlossen und brauchten sich nun nicht auf einmal durch einen Nichtgesellschafter mitverpflichten zu lassen, auf dessen Individualität sie nicht gebaut hätten. Der gesetzliche Vertreter könne auf Grund seiner gesetzlichen Vertretungsmacht zwar das Vermögen des Vertretenen verwalten, nicht aber das Vermögen Dritter. Die Ablehnung der gesetzlichen Vertretung hinsichtlich der Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechtes wird aus dem Wesen der Offenen Handelsgesellschaft gefolgert.³⁾

Diese Argumentation, die sich auf das Wesen der Offenen Handelsgesellschaft stützt, vermag jedoch nicht zu überzeugen. Der Wesensbegriff ist zu unfaßbar, als daß sich aus ihm konkrete rechtliche Folgerungen ableiten ließen.

Es ist vielmehr im Einzelnen zu prüfen, ob die gesetzliche Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft einmal gegen das geschriebene Gesellschaftsrecht oder zum anderen gegen die sich im Gesellschaftsrecht ausdrückende Interessenlage verstößt.

Ein Verstoß gegen das geschriebene Gesellschaftsrecht könnte sich daraus ergeben, daß die Übertragung von Mitverwaltungsrechten nach § 717,1 BGB i.V.m. § 105,2 HGB in der Offenen Handelsgesellschaft verboten ist. Voraussetzung für einen solchen Verstoß wäre jedoch, die gesetzliche Vertretung als Übertragung von Gesellschafterrechten (Mitverwaltungsrechten) zu qualifizieren.

Der gesetzliche Vertreter ist jedoch nicht Rechtsinhaber der Gesellschafterrechte, dies bleibt der Minderjährige. Der gesetzliche Vertreter ist auf Grund des Gesetzes nur zur Ausübung der dem Minderjährigen zustehenden Rechte befugt. Nur der Minderjährige ist Be-

1) Näf, S. 7

2) Weipert in RGR-K HGB § 127,16

3) Weipert in RGR-K HGB § 126,16

treibender des Handelsgewerbes, unabhängig davon, ob der gesetzliche Vertreter für ihn handelt.¹⁾ Den Minderjährigen als unmittelbar Berechtigten und Verpflichteten treffen die Folgen aus der geschäftlichen Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters, denn entscheidend ist, in wessen Namen das Geschäft betrieben wird.²⁾ Daher ist auch nur der Minderjährige und nicht sein gesetzlicher Vertreter Gesellschafter.

Ein Kriterium der Rechtsübertragung ist die mangelnde Fähigkeit des Zedenten, das Recht noch selbst auszuüben. Nun kann zwar der Minderjährige sein Recht auch nicht selbst ausüben, dies aber nicht infolge einer Rechtsübertragung, sondern infolge fehlender Geschäftsfähigkeit.

Bei der gesetzlichen Vertretung liegt somit lediglich eine gesetzliche "Vollmacht" an den gesetzlichen Vertreter vor, das Recht des Minderjährigen in dessen Namen für den Minderjährigen auszuüben.

Ein Verstoß gegen die §§ 717, 1 BGB, 105, 2 HGB kommt daher nicht in Betracht. Ein Widerspruch der gesetzlichen Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft mit anderen Vorschriften des Gesellschaftsrechts ist nicht ersichtlich.

2. Verhältnis der gesetzlichen Vertretung zur Interessenlage in der Offenen Handelsgesellschaft.

Die gesetzliche Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft kann somit höchstens gegen die sich im Gesellschaftsrecht ausdrückende Interessenlage verstoßen. Bevor jedoch auf diese Interessenlage des Gesellschaftsbereichs im Einzelnen eingegangen wird, soll das Interesse des Minderjährigen an der gesetzlichen Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft dargestellt werden, da nur nach Schilderung beider Interessenlagen eine begründete Interessenabwägung vorgenommen werden kann.

a) Interesse des Minderjährigen an der gesetzlichen Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft.

Die gesetzliche Vertretung eines Minderjährigen ergibt sich aus den §§ 1626³⁾, 1773, 1909⁴⁾ BGB.

1) siehe auch Fischer in RGR-K HGB § 127, 23

2) Badewitz, S. 36

3) Lange in Soergel-Siebert § 1626, 11

4) Palandt-Lauterbach § 1909, 1

Hiernach sind die Eltern, der Vormund und der Pfleger eines Minderjährigen befugt, Willenserklärungen mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Minderjährigen abzugeben.

Der Grund für diese Regelung ist darin zu sehen, daß dem wegen seiner mangelnden Einsichtsfähigkeit vom Rechtsverkehr ausgeschlossenen Minderjährigen dennoch die Möglichkeit geboten werden soll, sich in einem gewissen Umfang am Rechtsverkehr zu beteiligen, um den durch den Umstand der Minderjährigkeit verursachten wirtschaftlichen Mängeln soweit als möglich abzuhelpfen.¹⁾

Dem Minderjährigen muß daher grundsätzlich auch die Teilnahme an Gesellschaften mit Hilfe eines Vertreters ermöglicht werden, um ihm hierdurch den Vorteil einer gemeinsamen Risikotragung zu verschaffen.²⁾

Die Mitverwaltungsrechte eines Gesellschafters, zu denen auch das gesellschaftliche Vertretungsrecht gehört, sind an die Person des Gesellschafters gebundene Rechte. Sie sind nicht Teil des Vermögens des Gesellschafters, der im Gesellschafts-Vermögen gebunden ist.³⁾ Die Ausübung der Mitverwaltungsrechte eines minderjährigen Gesellschafters kann daher auch nicht als Sorge für das Vermögen des Minderjährigen bezeichnet werden, sondern ist Teil der Sorge für die Person des Minderjährigen. Daß die Ausübung der Mitverwaltungsrechte vermögensrechtliche Konsequenzen haben kann, ändert nicht ihre fehlende Zugehörigkeit zu dem Vermögen des Gesellschafters. Auch die Sorge für die Person eines Minderjährigen vermag vermögensrechtliche Konsequenzen auszulösen, ohne damit zur Vermögenssorge zu werden. Die Ausübung der Mitverwaltungsrechte durch den gesetzlichen Vertreter ist daher Teil der Sorge für die Person des Kindes.⁴⁾

Inwieweit der Minderjährige jedoch ein Interesse an der gesetzlichen Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft hat und inwieweit ihm die Beteiligung durch den gesetzlichen Vertreter tatsächlich den Vorteil einer gemeinsamen Risikotragung verschafft, hängt davon ab, ob sich durch die gesetzliche Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft wegen der persönlichen Haftung des Minderjährigen nach § 128 HGB nicht zu große Gefahren ergeben.

Es ist daher zu prüfen, inwieweit der Minderjährige, der sich gesetzlich in einer Offenen Handelsgesellschaft vertreten läßt, gegen die durch das Verhalten des gesetzlichen Vertreters

1) Nöf, S. 2

2) Nöf, S. 2

3) Hueck, OHG S. 193; Heinsheimer S. 21

4) Badewitz, S. 48; Heinsheimer, S. 97

herbeigeführte Gefahr der persönlichen Inanspruchnahme nach § 128 HGB geschützt ist.

Aus der Weite der umfassenden Gewalt, welche das bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 1626 ff BGB den Eltern eines minderjährigen Kindes zuspricht, und die es ihnen nur in äußersten Notfällen entzieht, ist zu entnehmen, daß das Gesetz mit einer selbstlosen Wahrung der Interessen des Kindes durch die Eltern rechnet.¹⁾ Dies heißt nicht, daß die Vertretung durch die Eltern nur unter dem Gesichtspunkt der auf das individuelle Wohl des Kindes gerichteten Parteivertretung zu fassen ist;²⁾ die Eltern sollen vielmehr von einer höheren Warte aus, nicht ohne "sozialrechtlichen Bezug auf das objektiv Richtige" die Vertretung ausüben.³⁾ Dennoch kann es als ein familienrechtlicher Grundsatz gelten, daß die Eltern in ausschließlicher und selbstloser Interessenwahrung das Kind vertreten sollen. Die elterliche Gewalt ist in diesem Sinne als pflichtgebundenes Herrschaftsrecht zu verstehen.⁴⁾

Ebenso wie die Eltern ist auch der Vormund und der Pfleger gesetzlich zu einer selbstlosen Interessenwahrung des Kindes im objektiven Sinne verpflichtet.⁵⁾

Daraus folgt, daß der gesetzliche Vertreter auch im gesellschaftsrechtlichen Bereich die Interessen des Kindes als Gesellschafter ausschließlich und selbstlos zu wahren hat.⁶⁾

Kommt der gesetzliche Vertreter dieser Verpflichtung nicht nach, so können für ihn Schadensersatzverpflichtungen entstehen.

§ 1664 BGB regelt die Haftung des elterlichen Gewalthabers gegenüber dem Kind bei Verletzung der Sorgfaltspflicht in Ausübung der elterlichen Gewalt. Für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 277 BGB) haften die Eltern in jedem Fall, im Übrigen haben sie die in eigenen Angelegenheiten gewohnte Sorgfalt zu wahren und nur für die Verletzung dieser Sorgfalt einzustehen.⁷⁾ § 1664 Abs. 1 BGB gibt nicht nur einen Haftungsmaßstab, sondern ist zugleich auch Anspruchsgrundlage.⁸⁾ Denn bei Ausübung der elterlichen Gewalt wird in einem familienrechtlichen Verhältnis nach Art der gesetzlichen Schuldverhältnisse gehaftet, so daß

1) Müller-Erbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau, S.125; BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB

2) Wiedemann, S. 266

3) Müller-Freienfels, S. 366

4) Lange in Soergel-Siebert § 1626, 11

5) Palandt-Lauterbach Anm. 2 Vorbem. zu § 1773 und Anm. 1a Vorbem. zu § 1793

6) Müller-Erbach, Die Rechtswiss.i. Umbau, S. 125

7) Scheffler in RGR-K BGB § 1664, 1

8) Lange in Soergel-Siebert § 1664, 2; Dölle § 92 Ib5, S. 164

§ 1664 Abs.1 BGB seiner Rechtsnatur nach direkt einen familienrechtlichen Schadensersatzanspruch gewährt.¹⁾

Gegen den Vormund besteht ein Schadensersatzanspruch des Kindes aus § 1833,1 BGB. Hier gilt der normale Haftungsmaßstab des § 276 BGB.

Die §§ 1664, 1; 1833,1 BGB bilden eine Kontrollinstanz für die gewissenhafte und im Interesse des Kindes liegende Ausübung des Vertretungsrechtes in der Offenen Handelsgesellschaft.

Eine weitere Kontrollinstanz für die pflichtgemäße Ausübung des der Personensorge für das Kind angehörenden Vertretungsrechtes durch den gesetzlichen Vertreter bilden § 1666 und § 1837 BGB. Hierdurch wird dem Vormundschaftsgericht die Möglichkeit gegeben, die durch den gesetzlichen Vertreter gefährdeten Interessen des Kindes zu schützen.

Schließlich werden die Interessen des Minderjährigen an sachgemäßer Ausübung des Vertretungsrechtes in der Offenen Handelsgesellschaft durch den gesetzlichen Vertreter dadurch geschützt, daß der gesetzliche Vertreter, der für den Minderjährigen an der Gründung einer Offenen Handelsgesellschaft teilnimmt oder mit den Gesellschaftern die Aufnahme des Minderjährigen vereinbart, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäß §§ 1822, Nr. 3,2. Alt.; 1643 BGB bedarf.²⁾ Hierdurch wird das Vormundschaftsgericht in die Lage versetzt, genauestens und sorgfältigst unter Berücksichtigung der weitreichenden Folgen (§ 128 HGB), die die Beteiligung eines Minderjährigen an einer Offenen Handelsgesellschaft mit sich bringt, zu prüfen, ob eine Genehmigung angezeigt erscheint oder nicht. Nur, wenn die Person des gesetzlichen Vertreters und die der Mitgesellschafter Gewähr dafür bieten, daß die Interessen des Minderjährigen nicht gefährdet werden, wird es seine Zustimmung erteilen.

Dies gilt allerdings nicht, wenn der Minderjährige von einem ihm im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Recht nach § 139 HGB Gebrauch macht. Hier wird der minderjährige Erbe unmittelbar durch die Erbfolge Gesellschafter und bleibt es, wenn er nicht innerhalb der Frist des § 139,3 HGB sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung als

1) Staudinger-Donau § 1664,2

2) Beitzke in Achilles-Greifff § 1822,12; Beitzke, aaO, S. 218; Hueck, OHG, S. 46; Schlegelberger-Geßler § 105,54; Lange in Soergel-Siebert § 1822,25; Scheffler in RGR-K BGB § 1822,9; Staudinger-Keidel § 1822, 2gbb; Weipert in RGR-K HGB § 105,24; Daneben wird eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch nach § 1822,3 1.Alt. und 10 konstruiert, vgl. Biddermann, S. 16 und 21 f.

Kommanditist abhängig macht oder ausscheidet. Da durch die Erbfolge gemäß § 1922 BGB ein Gesellschaftsvertrag oder ein Übernahmevertrag i. S. v. § 1822, 3 BGB nicht abgeschlossen wird, ist der Eintritt in die Gesellschafterstellung genehmigungsfrei. Eine Pflicht zur Einholung der Genehmigung in analoger Anwendung des § 1822, 2 BGB besteht ebenfalls nicht, da § 1822, 2 BGB nur die Ausschlagung der Erbschaft als Rechtsgeschäft unter Genehmigungszwang stellt. Die ererbte Gesellschafterstellung hat aber mit einem Rechtsgeschäft nichts zu tun. Ebenso findet § 1822, 10 BGB keine Anwendung. Diese Vorschrift erstreckt sich zwar auch auf solche Rechtsgeschäfte, deren gesetzliche Folge die Haftung für fremde Schuld ist,¹⁾ aber die Haftung des Minderjährigen muß immer infolge einer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit eintreten, an der es hier fehlt. Auch nach den §§ 1645, 1823 BGB ist keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich, da der Minderjährige kein neues Erwerbsgeschäft beginnt, sondern ein ererbtes fortführt.²⁾

Die Annahme, daß der minderjährige Erbe ipso iure Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft wird, ist aber auch unbedenklich. Einmal gibt das Gesetz selbst dem Minderjährigen zwecks Vermeidung unbilliger Härten die Möglichkeit, von der bereits mit dem Todesfall des Erblassers erlangten Gesellschafterqualität durch Ausschlagung befreit zu werden (vgl. § 1942 ff BGB). Zum anderen ist dem Minderjährigen die Möglichkeit gegeben, eine ungebührliche Belastung zu verhüten und die Stellung eines Kommanditisten zu wählen, wobei der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß der gesetzliche Vertreter auch im gesellschaftlichen Bereich nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln verpflichtet ist, die Interessen des Kindes ausschließlich und selbstlos wahrzunehmen.³⁾

Hieraus folgt, daß aus der Sicht des Minderjährigen keine Bedenken gegen die Ausübung seines Vertretungsrechtes in der Offenen Handelsgesellschaft durch den gesetzlichen Vertreter bestehen.

Ein Interesse des Minderjährigen, sich mit Hilfe eines gesetzlichen Vertreters an einer Offenen Handelsgesellschaft zu beteiligen, muß daher bejaht werden.

Demgegenüber gilt es nun, die Interessenlage im Gesellschaftsbereich darzustellen.

1) Biddermann, S. 25 Anm. 32

2) Biddermann, S. 25

3) BGH in LM Nr. 6, § 105 HGB

b) Interesse der Gesellschafter am Ausschluß des gesetzlichen Vertreters von der Ausübung des Vertretungsrechts.

Ein grundsätzliches Interesse der Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft am Ausschluß von gesellschaftsfremden Personen liegt in dem schon oben angedeuteten Aufbau der Personalgesellschaft.

Alle Teilhaber einer Offenen Handelsgesellschaft bilden eine weitgehende Interessen- und Vertrauensgemeinschaft.¹⁾ Mit Rücksicht auf die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter, die für die Gestaltung der rechtlichen Stellung der Teilhaber einer Offenen Handelsgesellschaft maßgebend ist, verleiht das Gesetz jedem Gesellschafter einen umfangreichen Einfluß auf das Schicksal des Unternehmens.²⁾ Ein bedeutender Teil dieses Einflusses besteht darin, daß jeder Gesellschafter vom Gesetz aus zum geborenen Vertreter der Offenen Handelsgesellschaft gemacht wird. Einer solchen gesetzlichen Regelung, die die Möglichkeit einer Haftbarmachung durch das Handeln eines Anderen bedingt, unterwerfen sich nur miteinander bekannte und sich gegenseitig vertrauende Gesellschafter, von denen sich jeder verpflichtet, nach seinen Kräften das gemeinsame Unternehmen zu fördern. Dazu gehört, daß die Mitverwaltungsrechte, also auch das Vertretungsrecht, persönlich ausgeübt werden. Erfahrungen und Entschlußfreudigkeit der Gesellschafter, nicht ihrer Vertreter, soll die Unternehmensführung prägen.

Die Beziehungen der Gesellschafter untereinander können unter Umständen in dem Moment gestört werden, in dem ein Nichtgesellschafter berechtigt und verpflichtet wird, die Vertretung der Offenen Handelsgesellschaft als gesetzlicher Vertreter eines Minderjährigen auszuüben. In diesem Falle übt die Befugnisse eines Gesellschafters eine Person aus, welche eventuell die nötige Erfahrung nicht besitzt oder die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Arbeit nicht leisten kann oder sonst eine ordnungsgemäße Vertretung nicht gewährleistet. Das würde im Falle der Einzelvertretungsbefugnis bedeuten, daß die übrigen Gesellschafter auch durch eine solche Person Dritten gegenüber sich unbeschränkt verpflichten lassen müssen. Dann kann die Gesellschaft, weil dem gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Gesellschafters die nötigen Kenntnisse, Fähigkeiten oder Charaktereigenschaften fehlen, schwer geschädigt werden und ihr Ansehen kann leiden.³⁾

1) BGH in LM Nr. 6, zu § 105 HGB

2) Müller-Erzbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau, S. 123 ff.

3) Gogos, S. 72

Erschwerend kommt hinzu, daß bei der Vertretung durch einen Gesellschafter die Vor- und Nachteile aus dem Tätigwerden nicht nur die Mitgesellschafter, sondern auch den handelnden Gesellschafter treffen, was jedoch im Falle der gesetzlichen Vertretung nicht gegeben ist; hier stellen sich die Erfolge, bzw. Mißerfolge, nicht beim handelnden Vertreter ein, sondern beim minderjährigen Mitglied und dessen Mitgesellschaftern. Dadurch entfällt möglicherweise die Garantie für einen sorgfältigen Einsatz. Zudem besteht der Nachteil des fehlenden Anreizes zu besonderen Leistungen, da eine Beteiligung des gesetzlichen Vertreters am Geschäftserfolg fehlt.

Das Interesse der Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft am Ausschluß von gesellschaftsfremden Personen muß aus diesen Gründen grundsätzlich bejaht werden.¹⁾

Eine Einschränkung dieses Interesses kann sich jedoch aus der anfänglichen Beteiligung eines Minderjährigen an einer Offenen Handelsgesellschaft ergeben.

Die anfängliche Beteiligung eines minderjährigen Gesellschafters erfordert den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, sei es eines Gründungs- oder Aufnahmevertrages zwischen dem gesetzlichen Vertreter und den übrigen Gesellschaftern.²⁾

Auf Grund des Abschlusses dieses Vertrages haben die Gesellschafter mit der Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechtes durch den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen gerechnet. Infolgedessen können sie nicht nachträglich behaupten, daß sie jenem kein Vertrauen schenken. Einen Ausschluß des gesetzlichen Vertreters von der Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechtes hätten sie bei der Schließung des Gesellschaftsvertrages mit ihm vereinbaren müssen. Dann hätte dieser die Möglichkeit gehabt, sich zu entscheiden, ob es für den Minderjährigen zweckmäßig ist, an der Offenen Handelsgesellschaft teilzunehmen oder nicht.³⁾ Erfährt das Interesse der Gesellschafter am Ausschluß von gesellschaftsfremden Personen durch den eben besprochenen Fall eine gewisse Einschränkung, so gilt dies nicht, wenn während des Bestehens der Gesellschaft die Person des gesetzlichen Vertreters, mit dem die anderen Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, wechselt und einen den Mitgesellschaftern nicht zur Vertretung der Gesellschaft geeignet erscheinenden Nachfolger erhält.⁴⁾

1) Hueck in ZHR 125 (1963), I ff.; Hueck in JZ 52, 114; Siebert in Steuerberater-Jahrbuch, S. 323; Weipert in RGR-K HGB § 109, 7; BGH in LM Nr. 6 zu § 105 HGB; BGH 3, 354; BGH NJW 52, 178.

2) Hueck, OHG, S. 45

3) Gogos, S. 72

4) Gogos, S. 72

Hier stellt sich dann die Frage, ob den anderen Gesellschaftern zugemutet werden kann, den gesetzlichen Vertreter eines Mitgesellschafters als Vertreter zuzulassen, wenn er nicht von vornherein ihr volles Vertrauen besitzt.

Ebenso liegt es in dem Fall, daß ein Gesellschafter, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Klausel im Sinne des § 139,1 HGB enthält, von Personen beerbt wird, die minderjährig sind und demzufolge einen gesetzlichen Vertreter haben.¹⁾

Allerdings mußten die Gesellschafter wegen der Vereinbarung nach § 139 HGB bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags wissen, daß die Beerbung eines Gesellschafters durch einen Minderjährigen und damit der Eintritt eines gesetzlichen Vertreters vorkommen kann. Dieses Wissen kann jedoch nicht dazu ausreichen, die Mitgesellschaftler zu verpflichten, sich in allen Fällen mit der Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechtes durch einen Nichtgesellschaftler abzufinden. Ist der gesetzliche Vertreter eine Person, die sie nicht näher kennen und die nicht imstande ist, die Arbeit des Ausfallenden zu leisten, worauf die anderen Gesellschafter bei Schließung des Vertrages vertraut haben, so ist auch hier die Frage der Zumutbarkeit aufzuwerfen.²⁾ Es ist an den Fall zu denken, daß drei Brüder eine Offene Handelsgesellschaft betreiben und vereinbart hatten, daß beim Tode eines Gesellschafters eines seiner Kinder berechtigt sein solle, als sein Erbe der Gesellschaft beizutreten. Der Älteste unter den Brüdern stirbt und hinterläßt einen dreizehnjährigen Sohn. Gemäß jener Bestimmung des Gesellschaftsvertrages möchte der Sohn in die volle Gesellschafterstellung des Vaters eintreten. Von der Befugnis, der Gesellschaft nur als Kommanditist beizutreten, welche § 139 HGB dem Erben eines Gesellschafters einräumt, will er nicht Gebrauch machen. Seine Mutter erklärt sich daher bereit, während seiner Minderjährigkeit für ihn die Gesellschafterrechte, unter anderem auch das Vertretungsrecht auszuüben. Die Mutter hat noch nie an der Leitung eines Gesellschaftsunternehmens mitgearbeitet und ist dementsprechend fachlich nicht qualifiziert. Zudem entzweit sie ein früheres persönliches Zerwürfnis mit den beiden überlebenden Brüdern.³⁾

Auch in diesem Fall ist daher zu prüfen, ob sich die Mitgesellschaftler durch einen Nichtgesellschaftler, der ihr Vertrauen nicht besitzt, ja dem sie sogar mißtrauen, verpflichten lassen müssen.

1) Gogos, S. 72

2) Gogos, S. 72

3) Müller-Erbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau, S. 124

In den beiden zuletzt genannten Fällen, dem Wechsel eines gesetzlichen Vertreters und dem Auftreten eines gesetzlichen Vertreters infolge Vererbung einer Gesellschafterstellung an einen Minderjährigen, in denen beidesmal der gesetzliche Vertreter nicht das Vertrauen der Mitgesellschafter genießt, kann sich ein Interesse der Mitgesellschafter am Ausschluß des gesetzlichen Vertreters ergeben.¹⁾

Sollte sich jedoch herausstellen, daß sich durch das Auseinanderfallen des Inhabers des Mitverwaltungsrechts und des Ausübenden, nämlich des gesetzlichen Vertreters, in rechtlicher Hinsicht nichts ändert, das heißt der Minderjährige und sein gesetzlicher Vertreter zusammen wie ein ordentlicher Gesellschafter behandelt werden können und alle Vorschriften, die sonstigen Gesellschaftern gegenüber in Bezug auf die Ausübung ihres Vertretungsrechtes gelten, weiterhin Geltung haben, dann wird das grundsätzlich bestehende Interesse der Gesellschafter am Ausschluß von gesellschaftsfremden Personen durch das Auftreten eines gesetzlichen Vertreters in der Offenen Handelsgesellschaft nicht berührt. Denn, wenn der minderjährige Gesellschafter und sein gesetzlicher Vertreter wie ein ordentlicher Gesellschafter nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften behandelt werden können, kann kein Interesse der Mitgesellschafter am Ausschluß dieser Personen bestehen.

Im Folgenden soll daher geprüft werden, ob sich durch das Auftreten eines gesetzlichen Vertreters in der Offenen Handelsgesellschaft Veränderungen gegenüber der normalen Situation der Beteiligung eines volljährigen Gesellschafters ergeben.

Zuerst sei jedoch noch darauf hingewiesen, daß die oben geschilderten gesetzlichen Vorschriften, die die Interessen des Minderjährigen schützen, nicht unbedingt den Interessen der Mitgesellschafter widersprechen müssen. Soweit diese Vorschriften, wie nachgewiesen, auch den Schutz des Minderjährigen in seiner Stellung als Gesellschafter bezwecken, kommen sie auch der Gesellschaft und damit den Mitgesellschaftern zugute.

Ist der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Gesellschafters zu der Vertretung des Kindes nicht ohne "sozialrechtlichen Bezug auf das objektiv Richtige"²⁾ in ausschließlicher und selbstloser Interessenwahrnehmung verpflichtet, so bedeutet das, daß der gesetzliche Vertreter den minderjährigen Gesellschafter nach besten Kräften so zu vertreten hat wie ein ordentlicher Gesellschafter. Die durch die Geschäftsunfähigkeit bedingte fehlende rechtliche

1) Gogos, S. 73

2) Wiedemann, S. 266; Müller-Freienfels, S. 364

Willensbildung auch in gesellschaftsrechtlichen Belangen soll der gesetzliche Vertreter so ersetzen, daß er sich wie ein ordentlicher Gesellschafter verhält. Hierzu gehört nicht zuletzt in einer Gesamthandsgemeinschaft die Berücksichtigung der Interessen der Gemeinschaft.

Daneben kommen aber den Mitgesellschaftern auch die Vorschriften zugute, die einen Schadensersatzanspruch des Minderjährigen gegen seinen gesetzlichen Vertreter auslösen, wenn dieser die ihm obliegende Interessenwahrnehmung des Kindes verletzt (§§ 1664, 1833 BGB). Denn diese Vorschriften bilden ein Druckmittel gegenüber dem gesetzlichen Vertreter, sich seiner gesetzlichen Verpflichtung entsprechend zu verhalten.

Alles was an Vorschriften zum Schutze des Minderjährigen aufgezeigt wurde, berücksichtigt somit auch die Interessen der Gesellschafter.

Es ist nun aber im Folgenden zu prüfen, ob die Vorschriften, die die Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechtes berühren und die gegenüber volljährigen Gesellschaftern gelten, auch in Geltung bleiben, wenn statt eines volljährigen Gesellschafters ein Minderjähriger die Gesellschafterstellung innehat und sein gesetzlicher Vertreter die Gesellschaftsrechte ausübt.

Unter den Vorschriften, die mit der Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechtes in Zusammenhang stehen, haben die Haftungsregelung, die Vorschriften über den Entzug der Vertretungsmacht sowie die Auflösungsklage nach § 133 HGB und die Ausschlußklage nach § 140 i.V.m. § 133 HGB für die Mitgesellschafter besondere Bedeutung.

Diese Vorschriften bilden eine Kontrolle darüber, daß das Vertretungsrecht durch die Gesellschafter in einer für die Gesellschaft sorgfältigen, gewissenhaften Weise ausgeübt wird.

Ein besonderes Interesse der Gesellschafter am Bestand dieser Vorschriften ist offensichtlich. Daher soll in der Prüfung der Frage, ob Vorschriften, die in der Offenen Handelsgesellschaft normalerweise bestehen, durch das Auftreten eines gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen eine Änderung erfahren, hier angesetzt werden.

Zuerst wird die Haftungsregelung behandelt.

aa) Geltung der Haftungsregelung

aaa) Ausübung des Vertretungsrechtes

Die Haftpflicht der das Vertretungsrecht ausübenden Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft für Verletzungen ihrer Verpflichtungen als Vertreter der Gesellschaft richtet sich

nach den gleichen Grundsätzen wie die Haftung der geschäftsführenden Gesellschafter.¹⁾ Denn im Innenverhältnis ist auch die Ausübung der Vertretungsmacht Geschäftsführung.¹⁾

Wie sich die Haftung der Gesellschafter untereinander regelt, ist im Handelsgesetzbuch nicht bestimmt. In dieser Hinsicht haben gemäß § 105,2 HGB vielmehr die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Anwendung zu finden. Es greift danach § 708 BGB Platz.²⁾

Das Gesellschaftsrecht beschränkt in § 708 BGB die dem Gesellschafter bei Erfüllung der Gesellschafterpflichten obliegende Sorgfaltspflicht auf das Maß von Sorgfalt, das er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Die Verletzung der Sorgfaltspflicht hat regelmäßig die Verpflichtung zum Schadensersatz zur Folge. Könnte der minderjährige Gesellschafter sein gesellschaftliches Vertretungsrecht selbst ausüben, so würde ihn, wie einen volljährigen Gesellschafter, die Haftung aus § 708 BGB i. V. m. § 105,2 HGB treffen.

Der besondere Haftungsmaßstab des § 708 BGB ist aus dem engen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter zueinander zu verstehen. Es ist von den Gesellschaftern zu erwarten, daß sie die Interessen der Gesellschaft so gut wahrnehmen wie ihre eigenen.

Fraglich ist, ob dieser auf einem Vertrauensverhältnis beruhende Haftungsmaßstab auch gegenüber einem die Gesellschafterrechte ausübenden Nichtgesellschafter, dem gesetzlichen Vertreter, anzulegen ist, oder ob dessen Verschulden nach § 276 BGB zu beurteilen ist.

Erfüllt an Stelle des Minderjährigen dessen gesetzlicher Vertreter die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Verpflichtungen, so ist bei Vertragsverletzungen seitens des gesetzlichen Vertreters der Minderjährige aus dem Gesichtspunkt des § 278 BGB haftbar.³⁾

Denn nach § 278 BGB hat der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters im gleichen Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden.

Der Grund der Haftungsregelung nach § 278 BGB ist darin gesehen worden, dass die Verpflichtung zur Sorgfalt nicht eine besondere neben der Leistungspflicht hergehende Pflicht zu persönlich sorgfältigem Verhalten sei, sondern vielmehr eine Qualifikation der Leistungspflicht selbst. Schuld der Schuldner eigene Leistung, so schulde er eigene sorgfältige Leistung. Schuld er die Leistung eines Dritten, so schulde er dessen sorgfältige Leistung.⁴⁾

1) Gogos, S. 13 Anm. 5; Weipert in RGR-K HGB § 126,26; Wieland, HR I, S. 567 Anm. 24

2) Staudinger-Keßler § 708,14; Weipert in RGR-K HGB § 116, 18

3) Siebert in Steuerberater-Jahrbuch, S. 323

4) Badewitz, S. 101; Enneccerus, § 267,1,1

Diese rein logisch aus dem Vertragsinhalt abgeleitete Haftung, die die Verpflichtung zur Sorgfalt als Qualifikation der Leistungspflicht selbst betrachtet, würde jedoch zu einer ganz allgemeinen Erfolgshaftung führen, zu einer Haftung für jeden Zufall. Sie ist daher nicht gerechtfertigt und mit dem gesetzgeberischen Willen nicht vereinbar.¹⁾

Die in § 278 BGB angeordnete Haftung bedarf vielmehr einer Rechtfertigung aus dem Zweckgedanken des Gesetzes.²⁾ Wer sich am Rechtsverkehr beteiligen will, das aber nur durch eine Hilfsperson kann, muss, ebenso wie er die daraus fließenden Vorteile für sich in Anspruch nimmt, auch die damit für den Gläubiger verbundenen Nachteile tragen.³⁾ Die Handlungen des gesetzlichen Vertreters gehören zum Risikobereich des Geschäftsunfähigen⁴⁾. Diese Belastung des Geschäftsunfähigen ist eine notwendige Folge seiner Repräsentationsbedürftigkeit, eine Folge seiner Beteiligung am Rechtsverkehr ohne eigene Handlungsfähigkeit.⁵⁾ Im Grunde liegt die Haftung für den gesetzlichen Vertreter auf dergleichen Ebene wie die Organhaftung.⁶⁾ Der Geschäftsunfähige haftet für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters nicht wie für "eigenes", da der Geschäftsunfähige zu eigenem Verschulden gar nicht fähig ist, sondern als für das ihm in jeder Hinsicht zuzurechnende Handeln seines Organs.⁷⁾

Diese Haftung für fremdes Verschulden ist jedoch nur dem Umfang der Vertretungspflicht nach auf der Fiktion des eigenen Verschuldens aufgebaut.⁸⁾ § 278 BGB will also sagen; "Der Schuldner haftet in den Fällen, in denen er wegen eigenen Verschuldens haftbar wäre, auch dann, wenn nicht er selbst, sondern sein Vertreter es gewesen ist, der das Verschulden beging." Daraus folgt, daß für die Frage, welche Art von Verschulden im konkreten Fall zu vertreten ist, ob Vorsatz, Fahrlässigkeit oder *diligentia quam in suis*, lediglich das betreffende Schuldverhältnis, in welchem der Schuldner steht, maßgebend ist, unabhängig davon, daß der Schuldner nicht gerade in Person die Erfüllung der Verbindlichkeit vorgenommen hat.⁹⁾

1) Heck, S. 82; Enneccerus-Lehmann, S. 194; Leonhard, I, S. 451; Staudinger-Werner, Vorb. zu § 275 Anm. 102

2) Enneccerus-Lehmann, S. 194

3) vgl. Anm. 3

4) Esser, § 58, 6, S. 220; Staudinger-Werner § 278, 16

5) Mot. II, S. 28-30; Esser in JZ 52, 360

6) Staudinger-Werner § 278, 16

7) Esser, S. 220

8) Weyl, S. 596

9) Weyl, S. 597

Der Schuldner hat somit auch nur denjenigen Grad von Verschulden zu vertreten ("in gleichem Umfange" § 278 BGB), für den der Schuldner selbst aufzukommen hätte.¹⁾

Da für den Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft der besondere Haftungsmaßstab des § 708 BGB gilt, ist somit auch die Haftung des minderjährigen Gesellschafters für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters durch § 708 BGB beschränkt. Der Maßstab, um die Grenze dieser Beschränkung festzustellen, ist im Falle des Minderjährigen nicht aus der Person des Schuldners, sondern aus der Person des gesetzlichen Vertreters festzustellen. Der minderjährige Gesellschafter haftet für die *diligentia*, die der gesetzliche Vertreter in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.²⁾

Die Tatsache, daß es somit im Rahmen des § 278 i.V.m. § 708 BGB auf die *diligentia* quom in suis einer gesellschaftsfremden Person ankommt, müssen die Gesellschafter in Kauf nehmen. Sie haben mit dem Minderjährigen den Gesellschaftsvertrag geschlossen, oder zumindest bei Aufnahme einer Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsvertrag mit dem Auftreten eines Minderjährigen und damit auch mit dem Auftreten eines gesetzlichen Vertreters gerechnet. Eine Anwendung des § 708 i.V.m. § 278 BGB ist daher gerechtfertigt.

Der Minderjährige haftet somit für Pflichtverletzungen des gesetzlichen Vertreters bei Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechtes der Gesellschaft nach § 278 i.V.m. § 708 BGB.

Die Haftungsbeschränkung des § 708 BGB befreit nicht von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit (§ 277 BGB). Der Gesellschafter haftet ebenso unbeschränkt, wenn er seine Gesellschafterpflichten vorsätzlich verletzt. Die Haftungsbeschränkung kommt somit nur in Betracht, soweit es sich um leichte Fahrlässigkeit handelt.³⁾ Der Minderjährige hat daher in diesen Fällen gemäß § 278 BGB sich das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters anrechnen zu lassen.

Haftet der Minderjährige der Gesellschaft, so kann diese den vollen Schaden ersetzt verlangen, der durch die Pflichtverletzung im einzelnen Fall entstanden ist. Der Umfang des Schadens bestimmt sich nach § 249 BGB. Das Vorhandensein eines minderjährigen Gesellschafters und seines gesetzlichen Vertreters verändert somit nicht die gegenüber einem volljährigen Gesellschafter geltende Haftungsregelung.

1) Nastelski in RGR-K BGB § 278, 67; Staudinger-Werner § 278, 55; RG 65, 17 (20); RG in Recht 1907, 1132 Nr. 2695

2) Badewitz, S. 101; Leonhard, SchR. I, S. 465; Feder, S. 80; Dernburg § 68, II, d

3) Weipert in RGR-K HGB § 116, 18

aab) Überschreitung des Vertretungsrechts

Bisher wurde die Gültigkeit der Haftungsregelung bei der Teilnahme eines Minderjährigen an einer Offenen Handelsgesellschaft unter dem Gesichtspunkt geprüft, daß der gesetzliche Vertreter bei der rechtmäßigen Ausübung des Vertretungsrechtes schuldhaft gegen die gesellschaftlichen Verpflichtungen verstößt.

Nun soll geprüft werden, wie die Haftung bei der Überschreitung der Vertretungsmacht geregelt ist und ob diese für volljährige Gesellschafter geltende Regelung auch bei Beteiligung eines Minderjährigen und dessen gesetzlichem Vertreter Gültigkeit hat.

Da sich die Haftpflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft für Verletzungen ihrer Verpflichtungen als Vertreter nach den gleichen Grundsätzen wie die Haftung der geschäftsführenden Gesellschafter richtet,¹⁾ so gelten für die Überschreitung der Vertretungsmacht auch die Regeln über die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis.²⁾

Eine Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis kann dann vorliegen, wenn ein zur Geschäftsführung befugter Gesellschafter ungewöhnliche Handlungen vornimmt, zu denen ein Beschluß aller Gesellschafter erforderlich ist (§ 116 HGB), oder wenn der Gesellschafter, obwohl er bestimmte Handlungen als Geschäftsführer vornehmen darf, die gesteckten Grenzen nicht einhält.

Ebenso liegt eine Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis vor, wenn ein Gesellschafter mit voller Geschäftsführungsbefugnis gegen den Widerspruch eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters handelt (§ 115 HGB), sowie wenn bei Gesamtgeschäftsführungsbefugnis ein Gesellschafter ohne Zustimmung seines Mitgeschäftsführers handelt.³⁾

Nach herrschender Lehre richtet sich in diesen Fällen die Haftung nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.⁴⁾ Der Geschäftsführer, der seine Geschäftsführungsbefugnis überschreite, handle als Geschäftsführer ohne Geschäftsführungsbefugnis und müsse demzufolge wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag haften. Hätte er bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, daß seine Geschäftsführungsmaßnahme nicht dem wirk-

1) vgl. oben S. 23, 24

2) Weipert in RGR-K HGB § 126, 16

3) Gogos, S.4; Hueck, OHG, S. 102, 103

4) Lehmann-Ring § 114, 7; Neufeld-Schwarz § 114, 3; Schlegelberger-Gessler § 114, 20; Staub-Pinner § 114, 13; Weipert in RGR-K HGB § 116, 29; Wieland, HR I, S. 563, 580; RG 158, 311

lichen und mutmaßlichen Willen der übrigen Gesellschafter entsprach, so müsse er der Gesellschaft den hieraus entstehenden Schaden ersetzen. Der Sorgfaltsmaßstab wird hierbei aus § 276 BGB und nicht aus § 708 BGB entnommen, da die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis nicht mehr als Erfüllung einer gesellschaftlichen Verpflichtung angesehen werden könne.¹⁾

Eine einschränkende Meinung²⁾ rechnet die Prüfung der Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis durch den Gesellschafter zu den Pflichten eines geschäftsführenden Gesellschafters. Im Rahmen dieser Prüfung habe daher wie bei jeder Erfüllung gesellschaftsrechtlicher Verpflichtungen der Sorgfaltsmaßstab des § 708 BGB zu gelten. Komme daher der Gesellschafter bei Anwendung der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflege, zu dem Ergebnis, daß seine Geschäftsführungsbefugnis zu bejahen sei, so könne ihm aus der Vornahme des Geschäfts als solcher kein Vorwurf gemacht werden.³⁾ Habe aber der Gesellschafter bei Anwendung der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflege, erkennen müssen, daß die Handlung außerhalb seiner Geschäftsführungsbefugnis läge, so sei seine Handlung nicht mehr als Erfüllung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht anzusehen. Nicht § 708 BGB, sondern die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag fänden Anwendung.⁴⁾

Demgegenüber wird die Meinung vertreten, daß der Gesellschafter auch in den Fällen der Überschreitung seiner Geschäftsführungsbefugnis nur aus Gesellschafterverschulden nach § 708 BGB hafte.⁵⁾

Dieser letzteren Meinung ist der Vorzug zu geben. Voraussetzung einer Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag ist das Fehlen einer vertraglichen Beziehung zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn. Die Geschäftsführung ohne Auftrag begründet eine außervertragliche Haftung.

Der Gesellschafter, der seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet, verletzt jedoch gerade eine vertragliche Pflicht, nämlich die Verpflichtung, die unbefugte Geschäftsführungsmaßnahme zu unterlassen. Wie jeder Vertrag enthält auch der Gesellschaftsvertrag nicht nur Erfüllungs- sondern auch Unterlassungspflichten, die verletzt werden können. Daher reicht-

1) siehe Anm. 4, S. 27

2) Hueck, OHG, S. 104; vgl. auch Gogos, S. 4

3) Hueck, OHG, S. 104; Gogos, S. 4

4) Hueck, OHG, S. 104

5) Fischer in RGR-K HGB § 116, 29; Baumbach, frühere Auflage § 115, 2 B; § 116, 2; Ritter § 115, 3 b; vgl. Hueck, OHG, S. 103 Anm. 75

fertigt die die herrschende Meinung und die oben erwähnte eingeschränkte Meinung stützende Wendung, die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis sei nicht mehr die Erfüllung einer gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung, nicht die Anwendung der §§ 677 ff BGB. Der Gesellschafter, der seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet, verstößt damit gegen die ihm aus dem Gesellschaftsvertrag obliegende Unterlassungspflicht. Er haftet daher der Gesellschaft nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen auf Schadensersatz, so wie jeder Gesellschafter wegen Verletzung anderer gesellschaftsvertraglich begründeter Verpflichtungen der Gesellschaft schadensersatzpflichtig ist. Den allein gültigen Sorgfaltsmaßstab bei Verletzung gesellschaftsvertraglicher Verpflichtungen bildet jedoch § 708 BGB und nicht die §§ 677 ff BGB.¹⁾

Die so festgestellte Haftungsfolge bei der Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis gilt auch bei der Überschreitung der Vertretungsmacht, da sich diese im Innenverhältnis als Geschäftsführungsbefugnis darstellt.²⁾ Der minderjährige Gesellschafter haftet somit für eine Überschreitung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts durch den gesetzlichen Vertreter gemäß § 278 i.V.m. § 708 BGB.

Dies gilt jedoch nur dann, wenn nicht die dem minderjährigen Gesellschafter gesteckten Grenzen der Vertretungsmacht gemäß § 125,4 HGB in das Handelsregister eingetragen sind. Ist letzteres der Fall, so haftet die Gesellschaft dem Dritten bei Überschreitung der Vertretungsmacht nicht (§ 15,2 HGB). Vielmehr handelte dann der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen als Vertreter ohne Vertretungsmacht und haftet dem Dritten gemäß § 179 BGB, der auch bei Überschreitung der Vertretungsmacht gilt.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die gegenüber einem volljährigen Gesellschafter bestehende Haftungsregelung, sowohl bei einer schuldhaft gegen die Gesellschafterpflichten verstoßenden Ausübung der Vertretungsmacht als auch bei einer Überschreitung der Vertretungsmacht, auch gegenüber einem minderjährigen Gesellschafter voll zur Anwendung kommt.

Das Auseinanderfallen von Rechtsinhaber und Rechtsausübendem berührt daher hinsichtlich der Haftungsregelung nicht die Interessen der übrigen Gesellschafter.

1) Fischer in RGR-K HGB § 116,29

2) vgl. oben S. 23, 24

aac) Bestehen von Regreßansprüchen

Die Möglichkeit des minderjährigen Gesellschafters, infolge seiner Inanspruchnahme gegenüber dem gesetzlichen Vertreter Regreßansprüche geltend zu machen, bleibt unberührt.

Die Eltern haben bei der Erfüllung der ihnen obliegenden Pflichten, das heißt auch bei der Ausübung des zur Personensorge gehörenden gesellschaftlichen Vertretungsrechtes ihres minderjährigen Kindes gemäß § 1664 BGB nur für *diligentia quam in suis* einzustehen.¹⁾

Da gemäß § 277 BGB der für *diligentia quam in suis* Haftende die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht ausschließen kann, ist der minderjährige Gesellschafter berechtigt, gemäß § 1664 BGB den ihm aus seiner Inanspruchnahme wegen vorsätzlich oder grobfahrlässig interessewidriger Ausübung des Vertretungsrechtes entstandenen Schaden von den Eltern ersetzt zu verlangen.

Sind die Eltern bei der Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechtes hinter der von ihnen in eigenen Angelegenheiten ausgeübten Sorgfalt zurückgeblieben – nur dann kommt eine Haftung des minderjährigen Gesellschafters aus § 708 i.V.m. § 278 BGB und damit ein Schaden des Minderjährigen in Frage –, so kann der Minderjährige von den Eltern gemäß § 1664 BGB Ersatz verlangen.

Ebenso kann der Minderjährige, wenn er von der Offenen Handelsgesellschaft wegen Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis gemäß § 278 i.V.m. § 708 BGB in Anspruch genommen wird, nur im Rahmen des § 1664 BGB von den Eltern Ersatz verlangen.

Wie aus dem Gebrauch des Wortes "nur" in § 708 BGB, bzw. in § 1359 BGB ersichtlich ist, haften die Eltern bei der Ausübung ihrer Pflichten nicht für mehr als die übliche Sorgfalt, auch wenn sie in eigenen Angelegenheiten ein größeres Maß von Sorgfalt anzuwenden pflegen.²⁾

Von dem Vormund kann der Minderjährige nach § 1833 BGB Regreß nehmen.

Ist der Vormund bei der Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechtes hinter der von ihm in eigenen Angelegenheiten ausgeübten Sorgfalt zurückgeblieben – nur dann kann der Minderjährige von der Gesellschaft gemäß § 278 i.V.m. § 708 BGB in Anspruch genommen werden –, so kann der Minderjährige von dem Vormund Ersatz des ihm entstandenen Schadens gemäß § 1833 BGB verlangen.

1) Palandt-Lauterbach § 1664, 1; Staudinger-Donau § 1664, 2

2) Fischer in RGR-K HGB § 126, 6; Staudinger-Werner § 277, 1 Weyl, S. 287

Die §§ 1664, 1833 BGB bilden somit ein zusätzliches Druckmittel gegenüber dem gesetzlichen Vertreter, um diesen zur gewissenhaften und pflichtgemäßen Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts anzuhalten, was nicht zuletzt auch im Interesse der übrigen Gesellschafter liegt.

bb) Geltung der Vorschrift über den Entzug der Vertretungsmacht

Neben der Haftungsregelung sind die §§ 127, 133 und 140 HGB für die Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft als Vorschriften, die die pflichtgemäße Wahrnehmung der Interessen der Gesellschaft schützen, wichtig. Es soll daher im Folgenden geprüft werden, ob diese Vorschriften durch das Auftreten des Minderjährigen und seines gesetzlichen Vertreters eine Änderung erfahren und dadurch die Interessen der Mitgesellschafter berührt werden.¹⁾

Nach § 127 HGB kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter die Vertretungsmacht durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Als ein wichtiger Grund wird vom Gesetz insbesondere die grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung der Gesellschaft erwähnt.

Gemäß § 133 HGB kann auf Antrag eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft beantragt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund liegt nach § 133,2 HGB insbesondere dann vor, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Schließlich sieht § 140 HGB die Möglichkeit vor, daß statt einer nach § 133 HGB erfolgenden Auflösung der Gesellschaft, auf Antrag aller übrigen Gesellschafter der betreffende Gesellschafter ausgeschlossen wird, in dessen Person ein Umstand nach § 133 HGB eingetreten ist.

Zweck dieser Vorschriften ist es, die Gesellschaft vor schweren Nachteilen durch die Eigenschaft oder das Verhalten einzelner Gesellschafter zu schützen und ferner die Gesellschaft und das von ihr betriebene Unternehmen zu erhalten.²⁾

1) vgl. S. 23

2) Weipert in RGR-K HGB § 127,1; § 117,3; § 140,1

Auch hier stellt sich die Frage, ob diese die Interessen der Gesellschaft schützenden Vorschriften nicht mehr oder nur zum Teil angewandt werden dürfen, wenn ein Minderjähriger Gesellschafter ist, und sein gesetzlicher Vertreter das gesellschaftliche Vertretungsrecht des Minderjährigen ausübt.

Zuerst soll eine Anwendung des § 127 HGB gegenüber einem minderjährigen Gesellschafter geprüft werden.

Aus dem Wortlaut des § 127 HGB ergeben sich keine Bedenken hinsichtlich einer Anwendung gegenüber einem minderjährigen Gesellschafter. § 127 BGB verlangt weder ein persönliches Tätigwerden des Gesellschafters, noch, daß der wichtige Grund in der Person des Gesellschafters liegen müsse.¹⁾

Da sich somit vom Wortlaut her keine Bedenken gegen eine Anwendung des § 127 HGB ergeben, bedarf es nur einer Zurechnungsnorm, die das Verhalten des gesetzlichen Vertreters, das einen wichtigen Grund i.S. des § 127 HGB darstellt, dem minderjährigen Gesellschafter zurechnet.

Zu denken ist an § 278 BGB. Hiernach hat der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden.

Der Minderjährige ist laut Gesellschaftsvertrag zur pflichtgemäßen Ausübung seines Vertretungsrechts verpflichtet, wobei die Ausübung der gesetzliche Vertreter übernimmt. Insofern kann von einem Schuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern und dem Minderjährigen gesprochen werden.

In § 127 HGB ist jedoch ein Verschulden gar nicht verlangt²⁾, es genügt die Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung. Ist der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Gesellschafters einfach infolge mangelnder Qualifikation ungeeignet zur Vertretung, so kann dies einen wichtigen Grund i.S. des § 127 HGB bilden. Ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters, für das der Minderjährige einzustehen hätte, ist hierbei nicht erforderlich.

Wie bereits erwähnt³⁾, baut § 278 BGB dem Umfang der Vertretungspflicht nach auf der Fiktion des eigenen Verschuldens auf. Der Schuldner soll in gleichen Fällen haften, in denen er wegen eigenen Verschuldens haftbar wäre, auch dann, wenn nicht er selbst, sondern sein gesetzlicher Vertreter es gewesen ist, der das Verschulden beging. § 278 BGB ent-

1) Weipert in RGR-K HGB § 117, 4.

2) Weipert in RGR-K HGB § 127, 5; § 117, 5.

3) vgl. oben S. 25

hält somit eine Haftung für fremdes Verschulden.

Über den Wortlaut und den Zweck des Gesetzes geht es daher hinaus, aus § 278 BGB eine Haftung des Minderjährigen für schuldlose Handlungen des gesetzlichen Vertreters abzuleiten.

Eine Zurechnungsnorm kann aber § 166,1 BGB bilden, der auch für die gesetzliche Vertretung gilt.¹⁾ Wird eine Willenserklärung durch einen Stellvertreter abgegeben, so handelt es sich um eine Willenserklärung des Stellvertreters, die aber für und gegen den Vertretenen wirkt. Da das Rechtsgeschäft jedoch ausschließlich auf der Willensentschließung und der Willenserklärung des Vertreters beruht, (§ 164,1 BGB), so kommt, soweit die rechtlichen Folgen der Willenserklärung durch Willensmängel beeinflusst werden, nur der Wille des Vertreters in Betracht. Das Rechtsgeschäft muß auch nach dem Willen des Vertreters ausgelegt werden. Ebenso entscheidet die Person des Vertreters, nicht die des Vertretenen, falls die Rechtsfolgen der Willenserklärung durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden.

Aus § 166,1 BGB läßt sich daher entnehmen, daß es bei der Frage nach der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hauptsächlich auf die Person des Vertreters ankommt und nicht auf die Person des Vertretenen.²⁾

Da im Handelsgesetzbuch keine Vorschriften existieren, die einer Anwendung der Grundsätze der generellen Zurechnungsnorm des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 166,1 BGB) widersprechen, so gelten die Zurechnungsgrundsätze des § 166,1 BGB gemäß § 105,2 HGB auch im Handelsgesetzbuch.

Es muß daher auch dann die Person des Vertreters entscheiden, wenn es um die Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts geht. Ist der gesetzliche Vertreter zur ordnungsmäßigen Vertretung nicht imstande oder begeht er hierbei Pflichtwidrigkeiten, so muß das dem vertretenen Minderjährigen aus dem Grund des § 166,1 BGB zugerechnet werden.

Der Gedanke, daß dem Minderjährigen, der sein Vertretungsrecht nicht verletzt, da er zur Ausübung desselben gar nicht imstande ist, deshalb auch nichts zugerechnet werden dürfe, verträgt sich nicht damit, daß er für den Vorteil, am Rechtsleben durch seinen gesetzlichen Vertreter beteiligt zu sein, auch etwas in Kauf nehmen muß.

1) Enneccerus-Nipperdey § 182,II,1,c.

2) Staudinger-Coing § 166,1.

Eine Anwendung des im § 166,1 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatzes im Recht der Offenen Handelsgesellschaft bedeutet, daß der minderjährige Gesellschafter sich auch das schuldlose Verhalten des gesetzlichen Vertreters zurechnen lassen muß, falls dieses einen wichtigen Grund i.S. dieser Vorschriften bildet.

Nicht dagegen wird hierdurch eine Haftung des Minderjährigen für unerlaubte Handlungen des gesetzlichen Vertreters, die dieser auch schuldhaft begangen haben muß, Tür und Tor geöffnet. Diese Haftung ist nach wie vor als vom Gesetz nicht gewollt abzulehnen.¹⁾

Bildet somit das Verhalten des gesetzlichen Vertreters einen wichtigen Grund i.S. des § 127 HGB, so ist dieses Verhalten auf Grund der generellen Zurechnungsnorm des § 166 BGB dem minderjährigen Gesellschafter zuzurechnen.²⁾

Ein wichtiger Grund i.S. des § 127 HGB ist nicht nur gegeben, wenn die nur beispielhaft vom Gesetz hervorgehobenen Fälle vorliegen. Insbesondere aus dem schon oben³⁾ erläuterten Zweck des § 127 HGB, der den Schutz der Gesellschaft und damit der Gesellschafter bezweckt, geht hervor, daß ein wichtiger Grund zur Entziehung der Vertretungsmacht auch dann vorliegt, wenn durch das weitere Verbleiben des Gesellschafters in seiner Stellung als Geschäftsführer die Belange der Gesellschaft erheblich gefährdet werden, das heißt, wenn der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter die Fortdauer der Geschäftsführertätigkeit des einzelnen Gesellschafters nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann.⁴⁾

Als wichtiger Grund i.S. des § 127 HGB kann daher auch angesehen werden, wenn der gesetzliche Vertreter durch sein Verhalten die Vertrauensgrundlage zu den Mitgesellschaftern zerstört hat und diesen eine weitere Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts durch den gesetzlichen Vertreter nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Der Mangel an Vertrauen seitens der anderen Gesellschafter gegenüber dem gesetzlichen Vertreter muß aber, um als wichtiger Grund i.S. des § 127 HGB zu gelten, auf schwerwiegenden Gründen beruhen.⁵⁾

Überhaupt ist bei der sich am Maßstab von Treu und Glauben ausrichtenden Bildung des wichtigen Grundes die Wirkung zu berücksichtigen, die die Ausschließung des Minderjäh-

1) Mot.I. S. 224.

2) Siebert in Steuerberater-Jahrbuch, S. 323.

3) vgl. oben S.31

4) Hueck, OHG, S. 106; Ritter § 117,4; Weipert in RGR-K HGB § 127,1; § 117,3.

5) Gogos, S. 73.

rigen von der Vertretungsmacht hat. Dem Minderjährigen wird hierdurch trotz andauernder Haftung ein großer Einflußbereich entzogen.

Es kann daher unter Umständen von den Mitgesellschaftern auf Grund des bestehenden gegenseitigen Treueverhältnisses zu dem Minderjährigen, den sie entweder selbst aufgenommen haben oder mit dessen Erblasser sie eine Vereinbarung (§ 139 HGB) trafen, eine Mitwirkung zur Beseitigung bestehender Mißstände verlangt werden, durch die die einschneidende Maßregel des § 127 HGB vermieden werden kann.

Hier bietet sich die Änderung des Gesellschaftsvertrages an, die eine Übernahme der Vertretungsbefugnis durch einen Mitgesellschafter vorsieht. Die Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts kann dann nur durch den Mitgesellschafter und nicht mehr durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen.

In jedem Fall sollte aber eine Verpflichtung der Mitgesellschafter in den Gesellschaftervertrag aufgenommen werden, die dem Minderjährigen entzogene Vertretungsmacht mit dem Eintritt der Volljährigkeit wiedereinzuräumen. Nur wenn diese Verpflichtung, die die Interessen der Mitgesellschafter in keiner Weise berührt, in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden ist, kann ein wichtiger Grund i.S. des § 127 HGB gegeben sein.

Den Mitgesellschaftern wird aber ein sonstiges Entgegenkommen, wie Einräumung eines vertraglichen Übernahmerechts an die Mitgesellschafter nur zugemutet werden können, wenn dies der Billigkeit, also Treu und Glauben entspricht.¹⁾ Hierbei muß immer die Trennung von Minderjährigem und gesetzlichem Vertreter berücksichtigt werden. Hat ein Gesellschafter schwere Beleidigungen gegenüber den Mitgesellschaftern ausgesprochen oder ist er sonst sehr unverträglich, dann wäre ein Entgegenkommen der Mitgesellschafter ausgeschlossen. Zeigt dieses Verhalten aber der gesetzliche Vertreter, so ist ein Entgegenkommen der Mitgesellschafter z.B. hinsichtlich einer Übernahme der Vertretung nicht ohne weiteres zu verneinen.

Kann auf diese Weise das Verhalten des gesetzlichen Vertreters einen wichtigen Grund herbeiführen, so findet § 127 HGB gegenüber dem minderjährigen Gesellschafter Anwendung. Die Vertretungsmacht kann diesem also entzogen werden.

1) Weipert in RGR-K HGB § 127,1; § 117,7.

cc) Geltung der Vorschriften über die Auflösungs- und Ausschlußklage

Einer Anwendung des § 133 HGB bei Beteiligung eines minderjährigen Gesellschafters steht ebenso wie bei § 127 HGB der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen.

Hinsichtlich der Ausführungen über eine mögliche Zurechnungsnorm, die das Verhalten des gesetzlichen Vertreters dem Minderjährigen zurechnet, ist auf das zu § 127 HGB Gesagte zu verweisen.

Auch hier kommt § 166,1 BGB als Zurechnungsnorm in Betracht. Der minderjährige Gesellschafter muß sich das einen wichtigen Grund i. S. des § 133 HGB bildende Verhalten des gesetzlichen Vertreters zurechnen lassen. Die Klage auf vorzeitige Auflösung der Gesellschaft ist dann begründet, wenn das Verhalten des gesetzlichen Vertreters einen wichtigen Grund darstellt.

Gleich wie bei § 127 HGB enthält § 133,2 HGB nur eine beispielhafte Aufzählung von wichtigen Gründen. Darüber hinaus ist ein wichtiger Grund dann gegeben, wenn nach der besonderen Lage und den gesamten Umständen des Falles ein ersprießliches Zusammenarbeiten der Gesellschafter nicht mehr möglich ist und dem Antragssteller deshalb die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses vernünftigerweise nicht mehr zuzumuten ist.¹⁾

Der Mangel an Vertrauen seitens der anderen Gesellschafter gegenüber dem gesetzlichen Vertreter gilt auch hier nur als wichtiger Grund, wenn er auf schwerwiegenden Gründen beruht.²⁾

Setzt somit der gesetzliche Vertreter durch sein auch schuldloses Verhalten, wie die gesellschaftsruinierende Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts, einen wichtigen Grund, so kann ein Mitgesellschafter³⁾ oder es können alle Mitgesellschafter gemäß § 133 HGB auf die vorzeitige Auflösung der Offenen Handelsgesellschaft klagen.

Schließlich ist noch eine Anwendbarkeit des § 140 HGB gegenüber einem minderjährigen Gesellschafter zu prüfen.

Bedenken gegen eine Anwendung des § 140 HGB gegenüber einem Minderjährigen Gesellschafter ergeben sich hier aus dem Wortlaut.

§ 140 HGB verlangt, daß der eine Auflösungsklage rechtfertigende Umstand in der Person des

1) Schlegelberger-Geßler § 133,3; RG 65,38; 105,376; BGH LM Nr.4 § 133 HGB

2) Schlegelberger-Geßler § 133,4; Weipert in RGR-K HGB § 140,5; RG 24,137; OGH in NJW 50,184.

3) Weipert in RGR-K HGB § 133,18; RG in Holdh.Mschr. 16,168.

auszuschließenden Gesellschafters eintritt. Im Gegensatz zu § 127 HGB verlangt somit § 140 HGB, daß der wichtige Grund in der Person des Gesellschafters liegen müsse.

Die Formulierung des § 140 HGB, daß der wichtige Grund in der Person des auszuschließenden Gesellschafters liegen müsse, ist aber weniger im Gegensatz zu § 133 HGB aufgestellt worden.¹⁾ In § 140 HGB sollen im Gegensatz zu § 133 HGB einerseits die objektiven Auf-

lösungsgründe, die nicht in der Person des Gesellschafters liegen, ausgeschlossen werden. Dies sind z.B. mangelnde Rentabilität des Unternehmens, Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks. Andererseits sollen auch Umstände, die in der Person anderer Gesellschafter, auch der klagenden, liegen, wie schwere Krankheit des Antragstellers, die eine Auflösungsklage nach § 133 HGB rechtfertigen würden, ausgeschlossen werden.

Ein Gesellschafter darf daher nach § 140 HGB nicht ausgeschlossen werden, wenn es sich um objektive oder in der Person der Mitgesellschafter liegende Auflösungsgründe handelt.

Es muß vielmehr ein persönlicher, das heißt seiner Person zuzurechnender Auflösungsgrund vorhanden sein. Es braucht sich hier nicht um Eigenschaften der Person im engeren Sinn zu handeln. Der wichtige Grund muß nur in der Person des Auszuschließenden eingetreten sein, also derart mit seiner Person zusammenhängen, daß gerade dadurch die Gefährdung der Gesellschaft hervorgerufen wird.²⁾

Die Erwähnung des in der Person eingetretenen Auflösungsgrundes in § 140 HGB ist also nur im Gegensatz zu § 133 HGB, nicht dagegen im Gegensatz zu § 127 (117) HGB zu verstehen.

In § 127 (117) HGB wäre eine Erwähnung des in der Person eintretenden wichtigen Grundes auch überflüssig gewesen, da die Vertretungsmacht (Geschäftsführungsbefugnis) nur auf Grund persönlicher, das heißt der Person zuzurechnender, Verfehlungen und nicht aus objektiven Gründen oder den Verfehlungen der Mitgesellschafter entzogen werden kann.

Im Rahmen des § 133 HGB ist nachgewiesen worden, daß das auch schuldlose Verhalten des gesetzlichen Vertreters infolge § 166,1 BGB der Person des minderjährigen Gesellschafters zugerechnet werden muß. Es handelte sich hierbei weder um objektive Auflösungsgründe oder um Verfehlungen anderer Gesellschafter, sondern allein um der Person des Minderjährigen zuzurechnende, also persönliche Auflösungsgründe.

Die Gesellschaft kann somit nicht nur aus objektiven oder persönlichen Auflösungsgründen

1) Weipert in RGR-K HGB § 140,4.

2) Weipert in RGR-K HGB § 140,5; RG JW 38,2214.

der Mitgesellschafter gemäß § 133 HGB aufgelöst werden, sondern auch aus persönlichen Auflösungsgründen, die der minderjährige Gesellschafter erfüllt.

Die Folgerung daraus, daß persönliche Auflösungsgründe des minderjährigen Gesellschafters gemäß § 133 HGB bestehen können, rechtfertigt die Anwendung des § 140 HGB gegenüber dem minderjährigen Gesellschafter.

Wird das Verhalten des gesetzlichen Vertreters der Person des minderjährigen Gesellschafters zugerechnet und stellt sich dieses Verhalten als ein persönlicher Auflösungsgrund i. S. des § 133 HGB heraus, so sind die übrigen Gesellschafter befugt, zusammen eine Ausschließungsklage gegen den minderjährigen Gesellschafter gemäß § 140 HGB zu erheben.¹⁾

Gegen die Möglichkeit des Ausschlusses des minderjährigen Gesellschafters gemäß § 140 HGB kann auch nicht geltend gemacht werden, sie verstieße gegen die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, in der die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem minderjährigen Erben eines verstorbenen Gesellschafters vorgesehen sei.²⁾

Die Konsequenz aus dem Auftreten eines persönlichen Auflösungsgrundes zu ziehen, nämlich die Auflösungs- oder Ausschlussklage zu erheben, kann gemäß § 133,3 HGB den Mitgesellschaftern nicht genommen werden. Ist das gemäß § 133,3 HGB uneingeschränkbare Recht des § 133,1 HGB in der Person des Minderjährigen auf Grund der Zurechnung eingetreten, so kann gegen diesen auch die Auflösungsklage nach § 133 HGB erhoben werden. Eine widersprechende Gesellschaftsbestimmung wäre gemäß § 133,3 HGB nichtig.

Bei Vorliegen eines Auflösungsgrundes gemäß § 133 HGB in der Person des Minderjährigen, herbeigeführt durch das Verhalten des gesetzlichen Vertreters kann somit auch die Ausschlussklage gegen den Minderjährigen gemäß § 140 HGB von den übrigen Gesellschaftern geltend gemacht werden.

Sowohl bei § 133 HGB als auch bei § 140 HGB bildet § 242 BGB den Maßstab für das Vorliegen eines wichtigen Grundes.

Genügt danach der Entzug der Vertretungsmacht gemäß § 127 HGB, um die Mißstände zu beseitigen, so ist ein wichtiger Grund hierfür, aber nicht für die Auflösungs- bzw. Ausschlussklage gegeben.³⁾

1) Siebert in Steuerberater-Jahrbuch, S. 323

2) Gogos, S. 73

3) Weipert in RGR-K HGB § 140, 8.

Auf Grund des zwischen den Gesellschaftern bestehenden Treuverhältnisses und der Feststellung, daß sie hieraus verpflichtet sind, das Mittel zur Behebung der Mißstände zu ergreifen, welches den Betroffenen am wenigsten hart trifft, stellt sich die Frage, ob nicht dann nur ein nach Treu und Glauben zu bildender wichtiger Grund gegenüber dem Minderjährigen besteht, wenn nicht ein geringeres Mittel als die Auflösungs- bzw. Ausschlußklage gegen ihn angewendet werden kann.

Hierbei ist folgende Überlegung anzustellen: Der gesetzliche Vertreter setzt durch sein Verhalten nach Abwägung der Grundsätze von Treu und Glauben einen persönlichen Ausschlußgrund i. S. des § 133 HGB und damit auch i. S. des § 140 HGB. Dieses Verhalten wird dem Minderjährigen konsequenterweise gemäß § 166 BGB zugerechnet. Die Folge bildet entweder die Auflösung der Gesellschaft oder der Ausschluß des Minderjährigen.

Beide Vorschriften bilden eine ultima ratio, da ein gedeihliches Zusammenarbeiten, das Grundlage für das Bestehen einer Offenen Handelsgesellschaft ist, nicht mehr gewährleistet ist.

Ein gedeihliches Zusammenarbeiten in der Gesellschaft wäre jedoch auch ohne die Auflösung der Gesellschaft oder den Ausschluß des minderjährigen Gesellschafters zu erreichen, wenn die Möglichkeit bestünde, den gesetzlichen Vertreter auszuschließen, das heißt eine Auswechslung des gesetzlichen Vertreters zu erreichen.

Die Auflösung der Gesellschaft oder der Ausschluß des Minderjährigen erscheint daher dann als unverhältnismäßiges Mittel, wenn die Mißstände auch mit diesem weniger scharfen Mittel beseitigt werden könnten. Durch die Auswechslung des gesetzlichen Vertreters würde den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben, eine geeignete Vertrauensgrundlage wiederherzustellen und sich so die Beteiligung des unter Umständen kapitalkräftigen Minderjährigen zu erhalten.

Es ist somit festzustellen, daß ein wichtiger Grund für die Auflösungs- bzw. Ausschlußklage dann nicht gegeben ist, wenn ein Vorgehen, das die Auswechslung des gesetzlichen Vertreters zum Ziel hat, den Mitgesellschaftern rechtlich möglich ist und nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Dies ergibt sich daraus, daß das Treuverhältnis unter den Gesellschaftern diese verpflichtet, zur Beseitigung bestehender Mißstände die am wenigsten einschneidende Maßregel gegenüber dem Betroffenen zu wählen,¹⁾ soweit ihnen dieses Vor-

1) Weipert in RGR-K HGB § 117,7.

gehen nach Treu und Glauben zugemutet werden kann.

Es ist daher zu prüfen, ob ein Vorgehen, das die Auswechslung des gesetzlichen Vertreters zum Ziel hat, überhaupt rechtlich möglich ist und ob es den Mitgesellschaftern zugemutet werden kann. Nur, wenn beides der Fall ist, kann von einem Richter ein wichtiger Grund für die Auflösungs- bzw. Ausschlußklage verneint werden.

Grundsätzlich ist es auch im handelsrechtlichen Bereich möglich, auf ein minus zu klagen.¹⁾

Der Annahme eines Rechts der Gesellschafter, auf Auswechslung des gesetzlichen Vertreters durch den Minderjährigen zu klagen, steht aber entgegen, daß der Minderjährige rechtlich nicht die Möglichkeit hat, den gesetzlichen Vertreter selbstständig zu ersetzen.

Der Minderjährige und seine Angehörigen haben nur das Recht, einen Antrag an das Vormundschaftsgericht zu stellen, mit der Bitte, gegenüber dem gesetzlichen Vertreter Maßnahmen gemäß §§ 1666, 1667, 1837, 1886 BGB zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann dementsprechend dann die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen im gesellschaftsrechtlichen Bereich der Offenen Handelsgesellschaft dem gesetzlichen Vertreter entziehen und einen anderen gesetzlichen Vertreter für diese Angelegenheiten bestellen, z.B. einen Pfleger gemäß § 1909, 1 BGB. Lehnt das Vormundschaftsgericht den Antrag ab, so haben die Angehörigen gemäß § 57, 1, Nr. 8, 9 FGG und der Minderjährige gemäß §§ 20, 59 FGG ein Beschwerderecht. Gemäß § 27 i.V.m. § 63 FGG ist daraufhin zwar noch eine weitere Beschwerde möglich, das Vormundschaftsgericht kann jedoch nicht zur Ersetzung des gesetzlichen Vertreters von dem Minderjährigen gezwungen werden.

Eine Verurteilung des Minderjährigen auf die Klage der Mitgesellschafter hin zur Auswechslung des gesetzlichen Vertreters ist somit nicht möglich, da der Minderjährige dadurch zu einer Leistung verurteilt würde, deren Erfüllung nicht allein von ihm, sondern von Dritten abhängig ist.

Besteht somit zwar keine rechtliche Möglichkeit, den minderjährigen Gesellschafter auf Auswechslung des gesetzlichen Vertreters zu verklagen, so könnte das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S. der §§ 133, 140 HGB gemäß § 242 BGB davon abhängig sein, daß die Gesellschafter zuerst auf die Auswechslung des gesetzlichen Vertreters hinwirken.

1) Weipert in RGR-K HGB § 117, 24.

Dies könnte dadurch geschehen, daß der Minderjährige oder dessen Angehörige zur Antragstellung auf Auswechslung des gesetzlichen Vertreters beim Vormundschaftsgericht, bzw. zur Beschwerde oder weiteren Beschwerde angehalten werden. Fraglich ist jedoch, ob ein solches Vorgehen den Gesellschaftern gemäß § 242 BGB zugemutet werden kann.

Ein derartiges Entgegenkommen der Gesellschafter erscheint jedoch nicht nur dann unzumutbar, wenn z.B. das pflichtwidrige Verhalten des gesetzlichen Vertreters von dem minderjährigen Gesellschafter unterstützt wird und eine Vertrauensgrundlage für eine weitere Zusammenarbeit auch zwischen dem Minderjährigen und den Mitgesellschaftern nicht mehr besteht, sondern auch deshalb, weil das Verfahren zur Auswechslung des gesetzlichen Vertreters zu langwierig und mit zu großen Risiken belastet ist. Denn lehnt das Vormundschaftsgericht eine Auswechslung des gesetzlichen Vertreters ab, dann bleibt die Auflösungs- bzw. Ausschußklage zwar als letztes Mittel, muß aber von den Gesellschaftern neu geltend gemacht werden, was nicht nur mit Kosten, sondern auch mit Zeitverlust verbunden ist. Bis dann ein rechtskräftiges Urteil erzielt worden ist, kann die Gesellschaft und ihr Ruf schon schwer geschädigt sein.

Das Vorgehen der Gesellschafter mit dem Ziel der Auswechslung des gesetzlichen Vertreters ist daher aus Gründen der Unzumutbarkeit abzulehnen.

Damit muß nach Anwendung des Maßstabs von Treu und Glauben ein wichtiger Grund für die Auflösungs- bzw. Ausschußklage schon auf Grund des, einen persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 HGB bildenden, Verhaltens des gesetzlichen Vertreters und der nach § 166 BGB erfolgenden Zurechnung bejaht werden.

Der Auflösungs- bzw. Ausschußklage ist bei Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes auch gegenüber dem minderjährigen Gesellschafter stattzugeben.

Ist das Vorgehen auf Auswechslung des gesetzlichen Vertreters den Gesellschaftern zwar nicht zumutbar, so bleibt es den Gesellschaftern unbenommen, bevor sie die Auflösungs- bzw. Ausschußklage erheben, auf die Auswechslung des gesetzlichen Vertreters hinzuwirken.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß sowohl die §§ 127, 133 als auch § 140 HGB bei Beteiligung eines minderjährigen Gesellschafters Anwendung finden.¹⁾

1) Fischer in RGR-K HGB § 127, Anm. 23

Ebenso kommt, wie nachgewiesen¹⁾, die Haftungsregelung unter den Gesellschaftern auch dem minderjährigen Gesellschafter gegenüber voll zur Anwendung.

Daß die Gesellschafter gerade an der Geltung dieser Vorschriften wegen des mit ihnen ausübenden Druckes auf eine gedeihliche Zusammenarbeit ein besonderes Interesse haben, wurde bereits festgestellt.²⁾

Hat sich aber durch die Beteiligung eines Minderjährigen und das Auftreten des gesetzlichen Vertreters nichts an der Geltung der oben erwähnten Vorschriften geändert, kann also der Minderjährige wie ein volljähriger Gesellschafter behandelt werden, dann ist die Feststellung berechtigt, daß kein Interesse der Gesellschafter am Ausschluß des Minderjährigen bzw. seines gesetzlichen Vertreters bestehen kann. Denn den Gesellschaftern steht ein vollwertiger Gesellschafter gegenüber, gegen den alle entscheidenden, vom Gesetzgeber aufgestellten Vorschriften Anwendung finden.

Werden also trotz Auseinanderfallens des Inhabers des Vertretungsrechts und des Ausübenden keine berechtigten Interessen im gesellschaftlichen Bereich berührt, dann bleiben nur die oben behandelten Interessen des Minderjährigen an der Beteiligung an einer Offenen Handelsgesellschaft bestehen. Diese Interessen des Minderjährigen haben ihren Niederschlag in dem im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Grundsatz der Vertretung eines Minderjährigen durch seinen gesetzlichen Vertreter gefunden.

Stehen somit keine Interessen im gesellschaftsrechtlichen Bereich entgegen, so bleibt es bei diesem Grundsatz der gesetzlichen Vertretung eines Minderjährigen, der gemäß § 105, 2 HGB auch in der Offenen Handelsgesellschaft anzuwenden ist.

Die Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts durch den gesetzlichen Vertreter ist zulässig.³⁾

3. Bindung des gesetzlichen Vertreters an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Bei der Frage der Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts durch den gesetzlichen Vertreter ist weiter zu prüfen, ob der gesetzliche Vertreter nicht in der Ausübung des ge-

1) vgl. oben S. 29

2) vgl. oben S. 23

3) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des BGB, § 112, 2, S. 672; Schlegelberger-Geßler § 125, 4; Fischer in RGR-K HGB § 127, 23

gesellschaftlichen Vertretungsrechts durch Genehmigungen des Vormundschaftsgerichts beschränkt ist.

Der gesetzliche Vertreter bedarf zu einer ganzen Reihe von Rechtsgeschäften, die er im Namen des Kindes vornimmt, gemäß den §§ 1821, 1822 BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Zu prüfen ist, ob der gesetzliche Vertreter, der in Ausübung des dem minderjährigen Gesellschafter zustehenden Vertretungsrechts ein Rechtsgeschäft der §§ 1821, 1822 BGB vornimmt, auch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

Eine Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus der bereits in der Einleitung getroffenen Feststellung, daß die Offene Handelsgesellschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand ist.

Die Offene Handelsgesellschaft ist sogar gegenüber der Erbengemeinschaft und der bürgerlichen Gesellschaft die stärkste Form der Gemeinschaft zur gesamten Hand. Während der Miterbe in einer Erbengemeinschaft eine verhältnismäßig selbständige Stellung als Teilhaber am Nachlaß genießt, tritt der Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft im weitesten Maße zugunsten der Gemeinschaft und des verselbständigten Sondervermögens zurück.

Dies ergibt sich einmal aus § 124 HGB, wonach die Offene Handelsgesellschaft nach außen als geschlossene Einheit auftritt.¹⁾ Die Gesellschafter werden durch die einheitliche Bezeichnung unter der gemeinsamen Firma zusammengefaßt. Zum anderen ist das Vermögen der Gesellschafter von dem Sondervermögen der Offenen Handelsgesellschaft so getrennt, wie wenn es fremdes Vermögen wäre. Es wird als selbständige Vermögensmasse zusammengehalten und ist für die Erwerbszwecke der Gesellschaft gebunden. Der einzelne Gesellschafter kann seinen Anteil an diesem selbständigen Gesellschaftsvermögen erst nach Erwirkung eines Auflösungsurteils realisieren, und nur mit der Zustimmung der Übrigen auf einen Dritten übertragen.

Daher ist der Minderjährige nur Glied der Gesamtheit, der das gemeinsame Vermögen zusteht, und die daraus die Gesellschaftsschulden tilgt, wenn er auch Mitträger der Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist.

Aus dieser Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens folgt, daß z.B. die Verfügung über

1) Hueck, OHG, S. 21.

ein Gesellschaftsgrundstück ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft über ihr Vermögen darstellt.¹⁾ Dabei ist es unerheblich, daß das Grundstück zum Gesamthandseigentum der Gesellschafter und damit auch des minderjährigen Gesellschafters gehört. Denn wenn auch der Minderjährige Mitträger des Gesellschaftsvermögens ist, so ist er doch nur ein Glied der Gesamtheit, der das gemeinsame Vermögen zusteht.

Da aber die Offene Handelsgesellschaft nicht unter Vormundschaft steht, bedarf der gesetzliche Vertreter, der für den minderjährigen Gesellschafter dessen gesellschaftliches Vertretungsrecht ausübt und Rechtsgeschäfte der §§ 1821, 1822 BGB für die Offene Handelsgesellschaft als solche vornimmt, keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.²⁾

Der gesetzliche Vertreter unterliegt nur den Beschränkungen seiner Vertretungsmacht gemäß §§ 1629, 1795 BGB, die eine Interessenkollision verhindern sollen; ebenso wie für alle Gesellschafter § 181 BGB gilt.³⁾

Auch die vertretungsberechtigten Mitgesellschafter unterliegen bei Ausübung ihrer Vertretungsmacht alleine § 126 HGB.⁴⁾ Insoweit gilt das Gesellschaftsrecht als Sonderrecht.⁵⁾

Die vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten, ebenso wie der gesetzliche Vertreter eines vertretungsberechtigten minderjährigen Gesellschafters, die Gesellschaft.

Selbst Schenkungen, die sonst für den gesetzlichen Vertreter gemäß § 1804 (§ 1641) BGB verboten sind, sind, wenn sie im Namen der Gesellschaft gemacht werden, erlaubt.⁶⁾

Ebenso ist die Erteilung der Prokura entgegen § 1822, 11 BGB ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung möglich, da sie in den Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht des § 126 HGB fällt.⁷⁾

Der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Gesellschafters ist somit bei Ausübung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden.

1) RG 54, 280; 125, 381; 137, 344.

2) Badewitz, S. 49; Baumbach-Duden § 105, 1 B; Beitzke in Achilles-Greifff § 1821, 6; 1822, 19, 22; Schlegelberger-Geßler § 105, 54; 125, 4; Germer in Soergel-Siebert § 1822, 40; Staudinger-Keidel § 1822, 2g; Hueck, OHG, S. 221, 222; Weipert in RGR-K HGB § 125, 6.

3) Hueck, OHG, S. 222 Anm. 93.

4) Hueck, OHG, S. 221; RG 125, 280; BGH 38, 30; BGH in BB 61, 304.

5) Biddermann, S. 171; Badewitz, S. 41; Woeste, S. 421.

6) Düringer-Hachenburg § 126, 12.

7) Hueck, OHG, S. 221.

Da dem gesetzlichen Vertreter somit die Ausübung des dem vertretungsberechtigten Minderjährigen zustehenden gesellschaftlichen Vertretungsrechts obliegt, richtet sich die Wirksamkeit eines selbständigen Handelns des Minderjährigen nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften.

Danach ist zu unterscheiden, ob der Minderjährige ein einseitiges oder ein vertragliches Rechtsgeschäft vorgenommen hat. Beide Arten von Rechtsgeschäften können bei Ausübung der gesellschaftlichen Vertretung vorkommen.

Bei Abschluß eines Vertrages zwischen dem Minderjährigen und einem Dritten ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters finden die §§ 108, 109 BGB Anwendung; danach ist ein solcher Vertrag schwebend unwirksam, aber der Genehmigung durch den die Vertretungsmacht in der Offenen Handelsgesellschaft ausübenden gesetzlichen Vertreter fähig.

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Minderjährige ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist gemäß § 111 BGB unwirksam.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Der soeben festgestellte Grundsatz, daß das einem minderjährigen Gesellschafter zustehende Vertretungsrecht durch den gesetzlichen Vertreter ausgeübt wird, erfährt eine Änderung, wenn der minderjährige Gesellschafter eine Ermächtigung nach § 112 BGB erhält.

Gemäß § 112 BGB kann der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäft ermächtigen. Der Minderjährige ist dann für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt.

In der Teilnahme an einer Offenen Handelsgesellschaft liegt der selbstständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, da die Selbstständigkeit nicht schon deshalb entfällt, daß jemand in seinem Betrieb in bestimmten Beziehungen gegenüber Anderen gebunden ist.¹⁾

Die Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts umfaßt ferner für den Gesellschafter Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Zwar ist die Offene Handelsgesellschaft die eigentliche Vertragspartei, wenn ein Gesellschafter in Ausübung seines Vertretungsrechtes mit einem Dritten kontrahiert, so daß es sich dabei an sich um Rechtsge-

1) Krüger-Nieland in RGR-K BGB § 112, 2; Badewitz, S. 54; Hueck, OHG, S. 220; Seydel in Soergel-Siebert § 112, 1 a; RG 87, 102; 127, 110.

schäfte handelt, die der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft für diese und nicht für die einzelnen Gesellschafter mit sich bringt, aber es ist zu berücksichtigen, daß es zu einem Geschäftsabschluß der Ausübung des Vertretungsrechts eines Gesellschafters bedarf. Nur dadurch kann die Gesellschaft Geschäfte betreiben. Daher nimmt auch der Gesellschafter an dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft teil.

Die in Ausübung der Vertretungsmacht der Offenen Handelsgesellschaft geschlossenen Geschäfte stellen daher Rechtsgeschäfte dar, die der Geschäftsbetrieb für den Gesellschafter mit sich bringt, so daß § 112 BGB insoweit für anwendbar zu erachten ist.¹⁾

Somit könnte auch der minderjährige Gesellschafter für die Ausübung des Vertretungsrechts mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts gemäß § 112 BGB ermächtigt werden. Der Minderjährige wäre damit nur für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt und für die nicht der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Um den Umfang dieser Geschäfte zu bestimmen, ist die Natur des Erwerbsgeschäfts einschließlich der tatsächlichen Verhältnisse und Gebräuche, welche bei dem Geschäftsbetrieb der betreffenden Art vorliegen, zu würdigen.²⁾ Für die über diesen Umfang hinausgehenden Geschäfte bedarf der ermächtigte Minderjährige der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 107 ff. BGB.

Unter die Rechtsgeschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, fallen die in den §§ 1821, 1822 (1643) BGB aufgeführten Geschäfte. Trotz erteilter Ermächtigung ist hierbei dem Minderjährigen die Vornahme solcher Rechtsgeschäfte ohne besondere Genehmigung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts grundsätzlich untersagt.

Hinsichtlich dieser zweiten Gruppe von genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften i. S. des § 112, 1, Satz 2 BGB entfällt für den Minderjährigen eine Genehmigungspflicht nicht deshalb, weil der gesetzliche Vertreter wie nachgewiesen bei Ausübung der Vertretungsmacht in der Offenen Handelsgesellschaft an keine Einzelgenehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist. Denn wenn es in § 112, 1, Satz 2 BGB heißt, daß der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte nicht unbeschränkt geschäftsfähig wird, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, so bedeutet das nicht, daß,

1) Badewitz, S. 56; Heinsheimer, S. 101.

2) Badewitz, S. 57.

wenn wie im gegebenen Fall der gesetzliche Vertreter keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, auch für den Minderjährigen jegliche Genehmigungspflicht entfällt.¹⁾

§ 112, 1, Satz 2 BGB nimmt vielmehr einen Kreis von Rechtsgeschäften von der Ermächtigung aus, auf den sich die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des ermächtigten Minderjährigen in keinem Fall erstrecken soll, mögen sie an sich auch zu dem Geschäftsbetrieb gehören. Im behandelten Fall der Vertretung des minderjährigen Gesellschafters durch den gesetzlichen Vertreter wird der Kreis durch die §§ 1821, 1822 (1643) BGB bestimmt.

Bei den innerhalb dieses Kreises liegenden Rechtsgeschäften bleibt der Minderjährige in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, unabhängig davon, daß der gesetzliche Vertreter hier im konkreten Fall bei der Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Dies ergibt sich auch aus den §§ 1825; 1643, 3 BGB, wonach dem gesetzlichen Vertreter für gewisse Rechtsgeschäfte eine allgemeine Ermächtigung erteilt werden kann. Der Minderjährige erlangt dennoch aus § 112 BGB hinsichtlich dieser Rechtsgeschäfte nicht die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit.²⁾

Hieraus folgt, daß der nach § 112 BGB ermächtigte minderjährige Gesellschafter bei der Vornahme der unter die §§ 1821, 1822 (1643) BGB fallenden Rechtsgeschäfte der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf.

Dagegen bedarf der ermächtigte Minderjährige hierzu nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Denn insofern kommt dem Ermächtigten die freiere Stellung, die der Ermächtigende innehat, zugute.³⁾ Da der gesetzliche Vertreter bei Ausübung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist, ist auch der Minderjährige frei von jeglicher Bindung an das Vormundschaftsgericht. Durch das Nichterfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung wird zudem ein reibungsloserer Geschäftsbetrieb erzielt.

Festzuhalten bleibt daher, daß der minderjährige Gesellschafter für die über den Umfang des § 112 BGB hinausgehenden Geschäfte und insbesondere für die von § 112, 1 Satz 2 BGB betroffenen Rechtsgeschäfte die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters benötigt.

1) Badewitz, S. 58

2) Badewitz, S. 58

3) Heinsheimer, S. 101; Badewitz, S. 60; Pfäfflin, S. 2.

Dieser Umstand der Genehmigungspflicht des Minderjährigen innerhalb des § 112 BGB hat zu der Ansicht geführt, daß § 112 BGB auf die Vertretung der Offenen Handelsgesellschaft unanwendbar sei, da er der gesetzlich ausgesprochenen Unbeschränkbarkeit des Umfangs der Vertretungsmacht eines Gesellschafters in § 126 HGB widerspreche.¹⁾

Diese Ansicht, daß die Genehmigungspflicht des Minderjährigen nach § 112 BGB der Unbeschränkbarkeit der gesellschaftlichen Vertretungsmacht widerspreche, kann sich jedoch nur auf Rechtsgeschäfte beziehen, die innerhalb der Vertretungsmacht eines Gesellschafters liegen und daher sonst von diesem gemäß § 126 HGB ohne irgendeine Genehmigung vorgenommen werden. Damit entfällt die erste nach § 112 BGB genehmigungspflichtige Gruppe der Rechtsgeschäfte, die über den normalen Geschäftsbetrieb hinausgehen, wie die Ausübung anderer Mitverwaltungsrechte, z.B. des Kündigungsrechts, der Übernahmeklage aus § 142 HGB, der Erklärungen aus § 139 HGB, denn diese Rechtsgeschäfte fallen nicht mehr unter die Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts nach § 126 HGB und können somit der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht nicht widersprechen.

Etwas anderes gilt hinsichtlich der zweiten genehmigungspflichtigen Gruppe von Rechtsgeschäften, die des § 112, 1 Satz 2 BGB. Diese Rechtsgeschäfte fallen in den Rahmen der Vertretungsmacht nach § 126 HGB.

Insofern könnte eine Genehmigungspflicht des Minderjährigen bei der Vornahme dieser Rechtsgeschäfte sehr wohl der Unbeschränkbarkeit des gesellschaftlichen Vertretungsrechts widersprechen.

Da § 126, 2 HGB der Verkehrssicherheit dient und das Vertrauen Dritter auf die Vertretungsmacht des Gesellschafters hinsichtlich aller unter diese Vertretungsmacht fallenden Rechtsgeschäfte schützt, so widerspräche die schwebende Unwirksamkeit eines von dem minderjährigen Gesellschafter im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfts des § 112, 1, Satz 2 BGB diesem Schutz. Eine solche sachliche Beschränkung der Vertretungsbefugnis widerspräche dem Sinn des § 126, 2 HGB und wäre im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsverkehrs nicht möglich.

Gegenüber dieser Feststellung ist geltend gemacht worden, daß es sich in Wahrheit nicht um eine Beschränkung der Vertretungsmacht handle, die tatsächlich § 126, 2 HGB widerspräche, sondern um eine Teilung.²⁾

1) Lehmann, I, S. 120; Schlegelberger-Geßler § 125, 3; Weipert in RGR-K HGB § 125, 5.

2) Badewitz, S. 63; Flechtheim in Düringer-Hachenburg § 126, 12; Schlegelberger-Geßler § 125, 4.

Angesichts dieser Teilung der Vertretungsmacht sei aber zu bedenken, daß, wenn der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen tätig werde, nicht eigentlich eine von diesem verschiedene Person handle, sondern lediglich der gesetzliche Vertreter als Ergänzung der Persönlichkeit des Minderjährigen fungiere.¹⁾ Darüber hinaus verbleibe das ganze Vertretungsrecht stets dem minderjährigen Gesellschafter, wenn es auch von diesem nicht völlig zur Geltung gebracht werden könne.

Daher komme die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bei Rechtsgeschäften des § 112, 1, Satz 2 BGB nicht einer sachlichen Beschränkung der Vertretungsmacht des § 126, 2 HGB gleich.²⁾

Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Wie schon angedeutet liegt der Sinn des § 126, 2 HGB darin, das Vertrauen Dritter besser zu schützen. Die von § 126 HGB gewollte Wirkung, daß der zur Vertretung befugte Gesellschafter alle Handlungen vornehmen kann, die der gesetzlich umschriebenen Vertretungsmacht entsprechen, tritt nicht ein. Dem Dritten nützt es wenig zu wissen, daß der gesetzliche Vertreter das alter ego des Minderjährigen ist, und daß das Vertretungsrecht eigentlich die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, die in den Bereich des § 112, 1, Satz 2 BGB fallen, nichtig sind.³⁾

Es ist daher daran festzuhalten, daß § 112 BGB auf die Vertretung einer Offenen Handelsgesellschaft dann nicht anzuwenden ist, wenn die Ermächtigung gemäß § 112 BGB dazu führt, daß der Minderjährige die Rechtsgeschäfte des § 112, 1, Satz 2 BGB nicht ohne Spezialkonsens des gesetzlichen Vertreters abschließen kann.

Das ist jedoch nicht der Fall. Denn wenn der gesetzliche Vertreter den minderjährigen Gesellschafter dazu ermächtigt, alle Rechtsgeschäfte, die der Betrieb der Offenen Handelsgesellschaft mit sich bringt, selbständig für die Gesellschaft vorzunehmen, so hat er auch den Willen, ihm eine generelle Genehmigung zum Abschluß der Rechtsgeschäfte des § 112, 1, Satz 2 BGB zu erteilen.⁴⁾

Nun ist zwar ein Generalkonsens des gesetzlichen Vertreters zu allen beliebigen Geschäften des Minderjährigen nicht zulässig, wohl aber eine Zustimmung zu einem ganzen Kreis von Geschäften, die mit einer bestimmten Betätigung zusammenhängen.⁵⁾

1) Badewitz, S. 63

2) Badewitz, S. 64

3) Näf, S. 76

4) Hueck, OHG, S. 220 Anm. 88

5) Enneccerus-Nipperdey, § 152I, 4; Oertmann, § 107, 4; Staudinger-Coing, § 107, 3.

Wie sich aus § 126,1 HGB ergibt, ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter wie der gesetzliche Vertreter in Ausübung des Vertretungsrechts auch zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie zur Erteilung einer Prokura befugt. Der gesetzliche Vertreter kann daher seine Zustimmung zu einem Kreis von Rechtsgeschäften erteilen die mit einer bestimmten Betätigung, nämlich Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts, zusammenhängen.

Ein solcher begrenzter Generalkonsens ist zulässig.¹⁾ Dazu bedarf der gesetzliche Vertreter nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da er bei einer einzelnen Vornahme der Geschäfte ebenfalls nicht einer solchen Genehmigung bedarf.

Der minderjährige Gesellschafter wird somit hierdurch in die Lage versetzt, auch die unter § 112,1, Satz 2 BGB fallenden Rechtsgeschäfte selbständig abzuschließen, ohne etwaigen Spezialkonsens des gesetzlichen Vertreters. Hierdurch ist der von § 126 HGB verfolgte Schutz des Rechtsverkehrs ausreichend berücksichtigt. Ein Verstoß gegen § 126 HGB, infolge einer dem minderjährigen Gesellschafter gemäß § 112 BGB erteilten Ermächtigung, liegt daher nicht vor.²⁾

Eine Ermächtigung des minderjährigen Gesellschafters durch den gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu der Vertretung einer Offenen Handelsgesellschaft gemäß § 112 BGB ist somit zulässig.³⁾ Der nach § 112 BGB ermächtigte Minderjährige kann die Gesellschaft in vollem Umfang des § 126 HGB vertreten.

Die zu der Ermächtigung gemäß § 112 BGB erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts liegt nicht schon in der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Gründungsvertrags einer Offenen Handelsgesellschaft gemäß § 1822,3 BGB, wenn die Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag Einzelvertretungsmacht haben.⁴⁾ Denn der Minderjährige soll durch die Beteiligung des Vormundschaftsgerichts bei der Gesellschaftsgründung gerade von wirtschaftlichen Nachteilen bewahrt werden. Seine Geschäftsfähigkeit im Rahmen des Betriebes würde aber gerade für seine Haftung und für die Rechtsstellung seiner Gläubiger von weitgehender Bedeutung sein.

Daher ist es mit dem Schutzgedanken des § 1822,3 BGB unvereinbar, die Rechtstolgen des § 112 BGB auch dann eintreten zu lassen, wenn das Vormundschaftsgericht nur gebilligt

1) Hueck, OHG, S. 220 Anm. 88

2) Biddermann, S. 181; Haupt-Reinhardt, § 14 II, 2, S. 47; Hueck, OHG, S. 220

3) Baumbach-Duden, HGB, § 105, 1, B

4) Biddermann, S. 183; Lehmann, I S. 120; BFH DB 58, 589.

hat, daß der Minderjährige Gesellschafter wird.¹⁾

Ist der minderjährige Gesellschafter gemäß § 112 BGB ermächtigt, seine Geschäftsfähigkeit insoweit erweitert, so kann sein gesetzlicher Vertreter in diesem Rahmen nicht mehr für ihn handeln. Durch die erteilte Ermächtigung verliert der gesetzliche Vertreter für den Kreis von Rechtsgeschäften, für welche der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig wird, unbedingt die Vertretungsmacht. Sowohl für die Gesellschaft wie für den vertragsschließenden Dritten würde es eine dauernde Unsicherheit und Gefahr bedeuten, wenn die von dem Minderjährigen vorgenommenen Rechtsgeschäfte nach den Grundsätzen über die kollidierenden Rechtsgeschäfte behandelt würden.²⁾

Es ist dem gesetzlichen Vertreter daher nicht erlaubt, konkurrierende Verfügungen zu treffen, wo der Minderjährige selbständig zu handeln berechtigt ist.³⁾

Die dem gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Gesellschafters grundsätzlich zustehende Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungsrechts des Minderjährigen erfährt daher insoweit eine Einschränkung, als der Minderjährige gemäß § 112 BGB zur selbständigen Vertretung der Offenen Handelsgesellschaft ermächtigt ist.

c. Der von der Vertretung ausgeschlossene Minderjährige

Abweichend von der gesetzlichen Regel (§ 125 HGB), die dem Gesellschafter die Vertretungsbefugnis zuspricht, kann der Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag oder durch Entzug nach § 127 HGB von der Vertretung ausgeschlossen werden.

Ist der minderjährige Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag oder Urteil (§ 127 HGB) von der Vertretung ausgeschlossen, so ist der gesetzliche Vertreter nicht befugt, Rechtsgeschäfte mit Dritten im Namen der Gesellschaft vorzunehmen.

Zum Schutz des Rechtsverkehrs muß dieser Ausschluß jedoch gemäß § 125,4 HGB in das Handelsregister eingetragen werden. Da es sich um eine eintragungspflichtige Tatsache handelt, greift dann § 15 HGB ein.

Schließt demnach der gesetzliche Vertreter des nichtvertretungsberechtigten minderjährigen Gesellschafters mit einem Dritten im Namen der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft ab

1) Biddermann, S. 183; Lehmann I S. 120; BFH DB 58,589.

2) So aber Crome, S. 370.

3) Glitsch, S. 193; Krüger-Nieland in RGR-K BGB § 112,1; Pfäfflin, S. 12; Seydel in Soergel-Siebert § 112,1; Staudinger-Coing, § 112,8.

und war der Ausschluß von der Vertretungsmacht in das Handelsregister eingetragen, so kann die Gesellschaft den Dritten gemäß § 15, II HGB die Eintragung entgegen halten und ist nicht haftbar zu machen. Für die Gesellschaft ist keine rechtsgeschäftliche Verpflichtung entstanden.

Da der gesetzliche Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte, greift vielmehr § 179 BGB ein.

Auch der Minderjährige braucht sich dieses Verhalten des gesetzlichen Vertreters nicht zu rechnen zu lassen, da der gesetzliche Vertreter auch gegenüber dem Minderjährigen als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte; denn da dem Minderjährigen das Vertretungsrecht entzogen war, kann dessen Ausübung auch nicht mehr in die gesetzliche Vertretungsmacht fallen.

Der gesetzliche Vertreter haftet daher in einem solchen Fall dem Dritten gemäß § 179 BGB.¹⁾ Schließt aber der gesetzliche Vertreter des nichtvertretungsberechtigten minderjährigen Gesellschafters mit einem Dritten im Namen der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft ab, ohne daß der Ausschluß der Vertretungsmacht eingetragen war, so kann dem Dritten der Ausschluß nicht entgegen gehalten werden.

Die Gesellschaft hat vielmehr das Rechtsgeschäft gemäß § 15 I HGB gegen sich gelten zu lassen, als ob es von einem bevollmächtigten Vertreter abgeschlossen worden wäre.

Im Innenverhältnis hat der Gesellschafter seiner gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung zuwidergehandelt, die unbefugte Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsmassnahme zu unterlassen. Für diese Vertragsverletzung haftet der unbefugt handelnde Gesellschafter im Rahmen des § 708 BGB.²⁾

Da der Minderjährige gemäß § 278 BGB der Gesellschaft gegenüber für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters zu haften hat, so muss der Minderjährige gemäß § 708 i. V. m. § 278 BGB der Gesellschaft den aus der unbefugten Ausübung des Vertretungsrechts entstandenen Schaden ersetzen. Der Minderjährige kann dann gemäß den §§ 1664, 1833 BGB Regreßansprüche gegen den gesetzlichen Vertreter geltend machen.

Hat der Minderjährige eine Ermächtigung gemäß § 112 BGB, so ist es möglich, daß er dennoch durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretungsmacht ausgeschlossen wird. Dies

1) Badewitz, S. 104

2) vgl. oben S. 29

ist denkbar, wenn dem Minderjährigen infolge einer besonderen technischen Begabung nur die Geschäftsführung (z.B. die Fabrikleitung) anvertraut werden soll, er aber von der Vertretung infolge kaufmännischen Untalents ferngehalten werden soll.¹⁾

Auch kann dem nach § 112 BGB ermächtigten Minderjährigen gemäß § 127 HGB die Vertretungsmacht entzogen werden, womit jedoch noch nicht die Ermächtigung aus § 112 BGB erlischt, die sich noch auf die Geschäftsführungsbefugnis erstrecken kann.

Nimmt der ermächtigte Minderjährige trotz Ausschlußes von der Vertretungsmacht und Eintragung dieser Tatsache in das Handelsregister ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten im Rahmen der Gesellschaft vor, dann handelt er infolge seiner durch § 112 BGB erweiterten Geschäftsfähigkeit als Vertreter ohne Vertretungsmacht und haftet in diesem Rahmen dem Dritten nach § 179 BGB.

Ist der Ausschluß der Vertretungsmacht nicht in das Handelsregister eingetragen, so hat die Gesellschaft das Rechtsgeschäft gemäß § 15 I HGB gegen sich gelten zu lassen, als sei es von einem bevollmächtigten Vertreter abgeschlossen worden.

Die Gesellschaft kann jedoch von dem Minderjährigen, der im Rahmen des § 112 BGB unbefugt im Namen der Gesellschaft gehandelt hat, wegen dieser Vertragsverletzung Schadensersatz gemäß § 708 BGB verlangen.

Die vertretungsberechtigten Mitgesellschafter üben das Vertretungsrecht für die Gesellschaft aus. Sie sind nur da an die Mitwirkung des Minderjährigen bzw. seines gesetzlichen Vertreters gebunden, wo auch Volljährige – nicht vertretungsberechtigte – Gesellschafter einzugreifen befugt sind. Das ist aber nur der Fall, wenn Rechtshandlungen in Frage stehen, die nicht zur Vertretung der Gesellschaft gehören, sondern die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses betreffen und zu denen es der Zustimmung der anderen Gesellschafter bedarf, was einer späteren Erörterung vorbehalten bleiben soll.

Die Zulässigkeit einer Prokura-Erteilung an den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter ist nicht unbestritten.

Bedenken gegen eine solche Erteilung der Prokura werden vor allem deshalb erhoben, weil Geschäftsinhaber und Prokurist verschiedene Personen sein sollten und der Rechtsverkehr wegen der Gesellschafterstellung des Prokuristen ihn nicht als Prokuristen, sondern als vertre-

1) Weipert in RGR-K HGB § 114,2

tungsberechtigten Gesellschafter ansehen würde und dadurch getäuscht werden könne.¹⁾

Hiergegen kann jedoch geltend gemacht werden, daß der einzelne Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft eben nicht Prinzipal ist, sondern nur die Gesamtheit aller Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung.²⁾

Zum anderen ergibt sich die Vertretungsbefugnis aus dem Handelsregister und der als Prokurist bestellte Gesellschafter ist gemäß § 51 HGB verpflichtet, sich bei seinem Auftreten als Prokurist zu erkennen zu geben.³⁾

Schließlich muß die Gesellschaft es gegen sich gelten lassen, wenn der Gesellschafter sich so aufführt, als sei er vertretungsberechtigt und die übrigen Gesellschafter davon Kenntnis haben und nicht dagegen vorgehen.⁴⁾

Damit ist dem Erfordernis der Verkehrssicherheit genügt und es kann die Zulässigkeit der Bestellung eines von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafters zum Prokuristen bejaht werden.⁵⁾

Hieraus folgt, daß auch dem gesetzlichen Vertreter, wenn der Minderjährige von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen ist, Prokura erteilt werden kann.⁶⁾

Der gesetzliche Vertreter erhält dann selbst die Prokura, denn ein vertretungsweises Ausüben der Prokura für den Minderjährigen ist wegen der höchstpersönlichen Natur der Prokura nicht möglich (§ 52, 2 HGB).⁷⁾ Zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters eines minderjährigen, nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters als Prokurist genügt die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter ohne Bindung an eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Ebenso erfolgt die Erteilung der Prokura durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, was sich aus den obigen Ausführungen über die Unabhängigkeit der vertretungsberechtigten Gesellschafter von vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung ergibt.

1) Staub-Pinner, § 125, 4.

2) Weipert in RGR-K HGB § 125, 12.

3) Weipert in RGR-K HGB § 125, 12.

4) Hueck, OHG, S. 204 Anm. 15; Schlegelberger-Geßler § 125, 10.

5) Hueck, OHG, S. 204.

6) Düringer-Hachenburg-Hoeninger, § 48, 6; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 126, 12.

7) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 126, 12.

Wird dem Minderjährigen durch Gesellschaftsvertrag die Vertretungsbefugnis verliehen, dann erlischt die Prokura des gesetzlichen Vertreters, da dieser dann das Vertretungsrecht ausübt und die Prokura eines das Vertretungsrecht ausübenden Gesellschafters unzulässig ist.¹⁾

Eine Prokura-Erteilung an den von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossenen minderjährigen Gesellschafter selbst ist auf Grund der fehlenden Geschäftsfähigkeit nicht möglich.²⁾

§ 165 BGB ist auch hier nicht anwendbar, da ein Sichselbstvertreten durch die Vorschrift nicht ermöglicht werden soll. Auch als Prokurist würde der Minderjährige sich vertreten und selbst mitverpflichten.³⁾

Hat der Minderjährige aber eine Ermächtigung nach § 112 BGB, so ist er ja zu persönlicher Ausübung der Vertretungsmacht berechtigt. Ist er aber laut Gesellschaftsvertrag von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen, so entfällt noch nicht die Ermächtigung des § 112 BGB. Diese erfüllt noch dadurch ihren Sinn, daß der Minderjährige zur persönlichen Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis berechtigt ist.

Einem solchen nicht vertretungsberechtigten, aber gemäß § 112 BGB ermächtigten minderjährigen Gesellschafter kann auch eine Prokura erteilt werden.

Bedenken daraus, daß die Genehmigungspflicht aus § 112 BGB der Unbeschränkbarkeit des Prokuraumfangs gemäß § 50,1 HGB widerspräche, ergeben sich nicht, da sich der Umfang der Prokura (§ 49 HGB) auch nur auf die in § 112 BGB erwähnten Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, erstreckt. Darüber hinaus bedarf es wie im § 112 BGB einer besonderen Zustimmung (49,2 HGB).

1) Würdinger in RGR-K HGB § 48,6

2) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 126,12

3) Denkbar ist allerdings die Erteilung einer sich in den Grenzen des § 112 BGB haltenden Handlungsvollmacht an den Minderjährigen, vgl. Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 126,12

2. Das Geschäftsführungsrecht

a. Der nichtermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Das Geschäftsführungsrecht gehört ebenso wie das Vertretungsrecht zu den sich aus dem Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft ergebenden Mitverwaltungsrechten.¹⁾

Die Geschäftsführung ist eine Angelegenheit der Gesellschafter untereinander; sie gehört somit zum Innenverhältnis der Gesellschaft.

Das Geschäftsführungsrecht ist daher das Recht des Gesellschafters, die auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit in der unter den Gesellschaftern geregelten Weise durchzuführen.²⁾

Jedem Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft steht dieses Recht kraft Gesetzes nach § 114 HGB zu. Der Gesellschafter ist grundsätzlich gemäß § 115, 1 HGB für sich allein zur Ausübung dieses Rechtes befugt.

Das Geschäftsführungsrecht steht somit auch dem Minderjährigen zu, der Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft ist.

Es stellt sich daher auch hier die Frage, wer zur Ausübung des Geschäftsführungsrechts befugt ist, ob der Minderjährige oder sein gesetzlicher Vertreter. Bei der Beantwortung dieser Frage kann jedoch im wesentlichen auf die Erörterungen über das Vertretungsrecht Bezug genommen werden.

Aus den dort geschilderten Grundsätzen³⁾ folgt, daß dem Minderjährigen auch nicht die volle Geschäftsführungsbefugnis übertragen werden kann, da die Geschäftsführung notwendig zahlreiche Rechtsgeschäfte für die Offene Handelsgesellschaft mit sich bringt.⁴⁾

Für die Ausübung der vollen Geschäftsführungsbefugnis kommt daher nur der gesetzliche Vertreter in Betracht.

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Da es sich bei dem Geschäftsführungsrecht um eine aus der Mitgliedschaft abgeleitete Be-

1) Hueck, OHG, S. 193; Hirsch, S. 138; Heinsheimer, S. 45.

2) Gogos, S. 3; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 114, 6, 7; Hueck, OHG, S. 82; Weipert in RGR-K HGB § 114, 2.

3) Vgl. oben S. 8 ff

4) Hueck, OHG, S. 221.

fugnis handelt¹⁾, so muß der Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft das Geschäftsführungsrecht grundsätzlich persönlich wahrnehmen.²⁾ Er kann daher auch nicht ohne besondere, noch später zu erörternde Gründe das Recht oder die Ausübung des Rechts auf einen Dritten übertragen. Das ergibt sich aus den §§ 664, 713 BGB i.V.m. § 105,2 HGB.

Gegenüber diesen gesetzlich begründeten Feststellungen ist es nicht überzeugend, eine gesetzliche Vertretung des Minderjährigen in der Ausübung des Geschäftsführungsrechts damit zu begründen, der gesetzliche Vertreter sei eben das alter ego des Minderjährigen, sozusagen die Ergänzung seiner Persönlichkeit. Der gesetzliche Vertreter sei keine dritte Person, sondern die Vervollständigung des Willens des Minderjährigen.³⁾

Diese Behauptungen ändern nichts daran, daß bei der gesetzlichen Vertretung ein unter Umständen von den Gesellschaftern nicht erwünschter Nichtgesellschafter als gesetzlicher Vertreter das Geschäftsführungsrecht des Minderjährigen ausübt.

Es ist daher auch hier im einzelnen zu prüfen, ob sich aus den gesellschaftsrechtlichen Normen so überwiegende Interessen der Gesellschafter ergeben, daß der die Interessen des Minderjährigen berücksichtigende bürgerlich-rechtliche Grundsatz der gesetzlichen Vertretung weichen muß.

Auch hier kann sich ein Interesse der Gesellschafter am Ausschluß des gesetzlichen Vertreters von der Ausübung des Geschäftsführungsrechts jedoch nur dann ergeben, wenn die sonst gegenüber volljährigen Gesellschaftern geltenden Normen durch das Auftreten eines minderjährigen Gesellschafters und seines gesetzlichen Vertreters eine den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufende Änderung erfahren.

Die für die Gesellschafter besonders wichtige Haftungsregelung gilt gegenüber dem Minderjährigen, wie beim Vertretungsrecht nachgewiesen wurde,⁴⁾ genau so wie gegenüber einem volljährigen Gesellschafter.

Hieraus muß also schon ein Interesse der Gesellschafter am Ausschluß des gesetzlichen Vertreters von der Ausübung des Geschäftsführungsrechts verneint werden.

Ebenso wie die Gültigkeit des § 127 HGB gegenüber dem minderjährigen Gesellschafter bejaht wurde, muß hier aus den gleichen Gründen die Gültigkeit des § 117 HGB gegenüber

1) RG 142, 18.

2) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 114, 3; Schlegelberger-Geßler § 114, 4; Weipert in RGR-K HGB § 114, 6.

3) Heinsheimer, S. 94; Badewitz, S. 65.

4) Vgl. oben S. 29

dem Minderjährigen bejaht werden.

Desgleichen ist auch die Anwendung des §§ 133, 140 HGB möglich.

Sämtliche für die Mitgesellschafter bedeutungsvollen Vorschriften ändern sich somit nicht durch das Auftreten des minderjährigen Gesellschafters und seines gesetzlichen Vertreters. Dem Interesse des Minderjährigen an der Geltung des bürgerlich-rechtlichen Vertretungsgrundsatzes bei der Ausübung des Geschäftsführungsrechts in der Offenen Handelsgesellschaft steht daher kein berechtigtes Interesse der Gesellschafter entgegen.

Die Ausübung des Geschäftsführungsrechts durch den gesetzlichen Vertreter ist zulässig.¹⁾

Da die Geschäftsführung durch jeden geschäftsführenden Gesellschafter für sich allein ausgeübt wird, so ist auch der gesetzliche Vertreter im Rahmen des Gesellschaftsrechts allein zu handeln berechtigt.

Eine Bindung des gesetzlichen Vertreters bei Maßnahmen der Geschäftsführung an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist nicht gegeben, da die Geschäftsführungsmaßnahmen nur für das Verhältnis der Gesellschafter zueinander erheblich sind.

So ist die Bestellung eines Prokuristen gemäß § 116,3 HGB genehmigungsfrei.²⁾

Dem minderjährigen Gesellschafter können mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters Teile der Geschäftsführung wie etwa die Buchführung oder die technische Leitung des Unternehmens übertragen werden.³⁾

Die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters hierzu ist erforderlich, da dem Minderjährigen aus dieser Tätigkeit nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten erwachsen. Eine generelle Zustimmung ist möglich, da es sich um einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften handelt.

Eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1822,7 BGB ist nicht erforderlich, da die persönlichen Leistungen, zu denen der Minderjährige als Gesellschafter verpflichtet ist, nicht unter diese Vorschrift fallen.⁴⁾ Der Minderjährige geht keinen Arbeitsvertrag ein, der auf beiderseitigen Austausch von Leistungen gerichtet ist, sondern er erfüllt mit dieser Tätigkeit eine gesellschaftliche Pflicht.

1) Schlegelberger-Geßler, § 114,4; Fischer in RGR-K HGB § 127,23; RG 123,299.

2) Hueck, OHG, S. 221.

3) Biddermann, S. 183; Hueck, OHG S. 221.

4) Biddermann, S. 184; Palandt-Lauterbach, § 1822,7.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Aus den Ausführungen über die Vertretungsbefugnis ergibt sich, daß dem minderjährigen Gesellschafter auch die volle Geschäftsführungsbefugnis durch eine Ermächtigung gemäß § 112 BGB übertragen werden kann.

Mit der Ermächtigung des § 112 BGB kann der Minderjährige das Geschäftsführungsrecht ausüben. An die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist er dabei nicht gebunden.¹⁾

Die im § 112 BGB gemachte Einschränkung, daß sich die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nur auf Geschäfte erstreckt, die der gewöhnliche Handelsbetrieb mit sich bringt, spielt hier eine wesentlich geringere Rolle als beim Vertretungsrecht. Denn nach § 116 HGB erstreckt sich die Befugnis zur Geschäftsführung auch nur auf die Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

In den meisten Fällen wird daher der ermächtigte Minderjährige gar keiner Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen. Eine allgemeine Feststellung läßt sich jedoch nicht treffen, da dies auf den Gegenstand und den Umfang des Unternehmens ankommt.²⁾

Wenn aber eines der in den §§ 1821, 1822 BGB aufgezählten Rechtsgeschäfte in den Rahmen der Geschäftsführung fällt, dann kann in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei der Ermächtigung des Minderjährigen nach § 112 BGB die generelle Ermächtigung zur Vornahme dieser Rechtsgeschäfte gesehen werden.³⁾ Denn der gesetzliche Vertreter, der den Gegenstand und den Umfang des Unternehmens kennt und den Minderjährigen zur selbstständigen Geschäftsführung ermächtigt, hat den Willen, den Minderjährigen zur Vornahme aller Geschäftsführerhandlungen zu ermächtigen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, unabhängig von der in den §§ 1821, 1822 BGB aufgestellten Grenze.

Der zur Geschäftsführung und Vertretung gemäß § 112 BGB ermächtigte Minderjährige ist daher auch im Innenverhältnis ermächtigt, eine Prokura nach § 116,3 HGB zu bestellen, wenn Gefahr im Verzug ist. Hierzu bedarf er weder der Zustimmung der Mitgesellschafter oder des Vormundschaftsgerichts noch der speziellen Genehmigung des gesetzlichen Vertreters.

1) Badewitz, S. 66; Heinsheimer, S. 96, 100, 101; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 114, 3.

2) Badewitz, S. 66.

3) Vgl. oben S.50

c. Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Minderjährige

Abweichend von der gesetzlichen Regel, die jedem Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis zuspricht, kann der Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag oder durch Entzug nach § 117 HGB von der Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen werden.

Ist der minderjährige Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, dann darf der gesetzliche Vertreter keine Geschäftsführungsmaßnahmen vornehmen.

Nimmt der gesetzliche Vertreter dennoch eine Geschäftsführerhandlung vor, so verletzt er damit die dem Vertretenen nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende Pflicht, unbefugte Geschäftsführungsmaßnahmen nicht vorzunehmen.

Der Minderjährige muß gemäß § 278 i.V.m § 708 BGB für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters einstehen.¹⁾

Hat der Minderjährige eine Ermächtigung gemäß § 112 BGB, so kann er dennoch von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden. Der Ausschluß von der Geschäftsführung besagt dann nicht, daß dem nach § 112 BGB ermächtigten Minderjährigen auch die Vertretungsbefugnis entzogen wird. Diese kann dann weiter ihren Sinn haben, wenn der Minderjährige nur nach außen hin, z.B. nur auf Grund seines Namens oder seiner kaufmännischen Begabung tätig werden soll.²⁾

Nimmt der nach § 112 BGB ermächtigte, aber von der Geschäftsführung ausgeschlossene Minderjährige eine Geschäftsführerhandlung vor, dann haftet er der Gesellschaft im Rahmen des § 708 BGB.

3. Das Widerspruchsrecht

a. Der nichtermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Das Widerspruchsrecht eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters ist lediglich ein Bestandteil der Geschäftsführungsbefugnis³⁾ und gehört damit auch zu den Mitverwaltungsrechten.

1) Vgl. oben S. 29

2) Weipert in RGR-K HGB § 114, 2

3) Hueck, OHG, S. 193 Anm. 23; Hueck, Festschrift für Hübner, S. 74.

Die Zugehörigkeit des Widerspruchsrechts zur Geschäftsführungsbefugnis ergibt sich daraus, daß zur Geschäftsführung auch die Billigung der Geschäftsführungsmaßnahmen der anderen Gesellschafter und damit der Widerspruch gegen diese gehört.¹⁾ Daher steht das Widerspruchsrecht auch nur dem geschäftsführungsbefugten Gesellschafter zu.²⁾

Das Widerspruchsrecht des geschäftsführungsbefugten Gesellschafters ergibt sich direkt aus § 115,1 HGB und nicht aus dem Umweg über § 711 BGB i.V.m. § 105,2 HGB. Aus § 115,1 HGB folgt, daß jeder geschäftsführende Gesellschafter der beabsichtigten Handlung eines anderen Gesellschafters widersprechen kann.

Der Widerspruch ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung; er muß also, um gültig zu sein, gegenüber dem anderen Gesellschafter, der die fragliche Handlung vornehmen will, erklärt werden und wird mit dem Zugehen der Erklärung wirksam.³⁾

Die Erklärung des Widerspruchs durch den minderjährigen Gesellschafter ist daher gemäß § 111 BGB als einseitige Willenserklärung nichtig.

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Gegenüber den Bedenken, die sich aus einer auch beim Widerspruchsrecht als Mitverwaltungsrecht verlangten persönlichen Ausübung ergeben, kann auf die zur Lösung dieses Problems gemachten Äußerungen beim Vertretungsrecht verwiesen werden.⁴⁾

Danach kann der gesetzliche Vertreter für den minderjährigen Gesellschafter auch das Widerspruchsrecht in den vom Gesellschaftsrecht gesteckten Grenzen ausüben.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Der mit der Ermächtigung des § 112 BGB versehene Minderjährige ist imstande, das Widerspruchsrecht im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis selbst auszuüben, da er für diesen Bereich unbeschränkt geschäftsfähig wird.

c. Der von der Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossene Minderjährige

Das Widerspruchsrecht kann, wie schon angedeutet, nur von den zur Geschäftsführung be-

1) Gogos, S. 39.

2) Hueck, OHG, S. 94

3) Heinsheimer, S. 96; Hueck, OHG, S. 92.

4) Vgl. oben S. 11 ff

berechtigten Gesellschaftern geltend gemacht werden, da nur sie auf Grund ihrer eigenen Tätigkeit die Zweckmäßigkeit einer Geschäftsführungshandlung beurteilen können. Dies gilt sowohl für die durch den Gesellschaftsvertrag als auch für die durch Urteil (§ 117 HGB) von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter, unabhängig davon, ob ihnen noch die Vertretungsbefugnis verbleibt.¹⁾

Daher sind in diesem Fall weder der gesetzliche Vertreter noch der nach § 112 BGB ermächtigte Minderjährige zur Ausübung des Widerspruchsrechts befugt.

4. Das Stimmrecht

a. Der nichtermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Grundsätzlich ist jeder geschäftsführende Gesellschafter berechtigt, allein zu handeln, auch wenn neben ihm noch andere Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sind. Er ist somit unabhängig von der Zustimmung der anderen Geschäftsführer. Dies gilt jedoch nur für gewöhnliche Betriebsgeschäfte, d.h. für Geschäfte, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 116, 1 HGB).

Nur durch den Gesellschaftsvertrag kann die Einzelgeschäftsführungsbefugnis zur Vornahme gewöhnlicher Betriebsgeschäfte in eine Gesamtgeschäftsführungsbefugnis verwandelt werden. Dann ist die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich.

Neben den gewöhnlichen Betriebsgeschäften gibt es die außergewöhnlichen Betriebsgeschäfte, die außerordentlicher Natur sind, und nach ihrem Inhalt und Zweck und durch ihre Tragweite über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs hinausgehen.²⁾ Hierunter fällt z.B. die Aufnahme eines langfristigen Kredits, bedeutende Wareneinkäufe oder die Erteilung einer Prokura, vgl. auch § 116, 2, 3 HGB.³⁾

Zur Vornahme dieser außerordentlichen Betriebsgeschäfte ist gemäß § 116, 2 HGB ein Beschluß sämtlicher, also auch der nichtgeschäftsführungsbefugten Gesellschafter notwendig.

Nicht nur die Geschäftsführungsbefugnis des Einzelgeschäftsführers, sondern auch die der Gesamtgeschäftsführer ist auf die gewöhnlichen Handlungen beschränkt.

1) Weipert in RGR-K HGB § 115, 4.

2) RG 158, 308; BGH LM Nr. 1 zu § 116 HGB

3) Schlegelberger-Geßler, § 116, 1; OLG E 32, 76.

Sowohl die gewöhnlichen als auch die ungewöhnlichen Betriebsgeschäfte sind Geschäfte, die sich als Betätigung der Gesellschafter in der Richtung auf den Gesellschaftszweck darstellen und damit zur Geschäftsführung gehören.

Neben den gewöhnlichen und außergewöhnlichen Betriebsgeschäften gibt es die sogenannten Grundlagengeschäfte.¹⁾

Diese Geschäfte betreffen die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses und gehören demnach nicht zur Geschäftsführung,²⁾ das heißt zu den gewöhnlichen oder außergewöhnlichen Betriebsgeschäften.

Unter Grundlagengeschäften sind die Abänderung des Gesellschaftsvertrags, Gestattung des Wettbewerbs, Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, Auflösung der Gesellschaft und Antrag auf Ausschluß eines Gesellschafters u.a. zu verstehen.

Zur Vornahme dieser Grundlagengeschäfte ist auch ein Beschluß sämtlicher, das heißt auch der nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter erforderlich. Soweit das Gesetz diese Fälle behandelt, ergibt sich die Mitwirkung aller Gesellschafter aus dem Gesetz.³⁾

In den soeben aufgezählten Fällen sind Gesellschafterbeschlüsse notwendig.

Daneben sind aber in allen Angelegenheiten der Gesellschaft Gesellschafterbeschlüsse zulässig; auch in solchen, die an sich zur Zuständigkeit der einzelnen geschäftsführenden Gesellschafter gehören.

Das Recht auf Teilnahme an diesen Gesellschafterbeschlüssen, also das Recht, seine Stimme dort abgeben zu können (Stimmrecht), gehört zu den Mitverwaltungsrechten.⁴⁾

Ohne auf die Rechtsnatur des Stimmrechts im einzelnen eingehen zu wollen, kann gesagt werden, daß die Stimmabgabe als solche lediglich eine Willensäußerung ist, nämlich die Erklärung eines Entschlusses. Die Stimmabgabe kann daher nicht als Rechtsgeschäft bezeichnet werden. Erst der Beschluß der Gesellschafter ist ein Rechtsgeschäft.⁵⁾

Dieses Rechtsgeschäft ist besonderer Art und läßt sich weder unter den Begriff des einseitigen Rechtsgeschäfts noch unter den Vertragsbegriff subsumieren.

1) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 114, 2

2) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 116, 2; Weipert in RGR-K HGB § 114, 2

3) Vgl. die §§ 112; 117; 122; 127; 131, 2; 139, 2; 140; 141 HGB

4) Hueck, Festschrift für Hübner, S. 75

5) Geiler in Düringer-Hachenburg, S. 157; OLG München in DFG 42, 58; RG 118, 69; KG in JFG 12, 237.

Im Gegensatz zum einseitigen Rechtsgeschäft ist beim Gesellschaftsbeschluß ein Zusammenwirken mehrer Willenserklärungen erforderlich.

Als Vertrag kann der Gesellschaftsbeschluß nicht bezeichnet werden, da sich deckende Willenserklärungen nicht ausgetauscht werden.

Der Gesellschafterbeschluß ist richtigerweise als mehrseitiges Rechtsgeschäft zu bezeichnen,¹⁾ auf das im allgemeinen die Regeln über Rechtsgeschäfte angewendet werden können.

Die Stimmabgabe eines Geschäftsunfähigen ist aus diesen Gründen nichtig. Die Stimmabgabe eines beschränkt Geschäftsfähigen beurteilt sich nicht nach § 111 BGB²⁾, sondern entsprechend den Bestimmungen der §§ 107, 108 ff. BGB. Denn der Gesellschafterbeschluß ist kein einseitiges, sondern ein mehrseitiges Rechtsgeschäft.

Der minderjährige Gesellschafter ist somit ohne die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters nicht imstande, das Stimmrecht selbst auszuüben.

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Die Stimme zu dem Gesellschafterbeschluß muß grundsätzlich persönlich abgegeben werden.³⁾

Jeder Gesellschafter kann verlangen, daß der Mitgesellschafter, den er im Vertrauen auf dessen persönliche Eigenschaften ausgewählt hat, sich persönlich um die Angelegenheiten der Gesellschaft kümmert, er braucht dagegen nicht die Mitwirkung eines Fremden in Gesellschaftsangelegenheiten zu dulden.⁴⁾

Daß dieses berechnete Interesse der Gesellschafter durch das Auftreten eines minderjährigen Gesellschafters und dessen gesetzlichen Vertreters in keiner Weise berührt wird, wurde schon im Zusammenhang mit dem gesellschaftlichen Vertretungsrecht gezeigt.⁵⁾

Das gleiche muß auch hier gelten, so daß der gesetzliche Vertreter befugt ist, das Stimmrecht für den minderjährigen Gesellschafter auszuüben.⁶⁾ Bedenken daraus, daß die Stimmrechtsabgabe kein Rechtsgeschäft ist, ergeben sich nicht, da die gesetzliche Vertretung mehr umfaßt, als nur den rechtsgeschäftlichen Bereich.

1) Geiler in Düringer-Hachenburg, S. 158.

2) So aber: Badewitz, S. 67; Heinsheimer, S. 96.

3) Hueck, OHG S. 120; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 114,3; RG 123,299; BGH 3,357.

4) Hueck, OHG S. 121; BGH in LM Nr. 6 zu § 105 HGB.

5) Vgl. oben S. 11 ff.

6) Weipert in RGR-K HGB § 127,16.

Fraglich ist jedoch, inwieweit der gesetzliche Vertreter bei der Ausübung des Stimmrechts für den Minderjährigen an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist.

Grundsätzlich ist der gesetzliche Vertreter, ebenso wie bei den übrigen Mitverwaltungsrechten, nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden. Denn wenn der Minderjährige Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft geworden ist, bedarf der gesetzliche Vertreter zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte, die sich aus der Teilnahme des Minderjährigen an der Gesellschaft ergeben, keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Dies gilt nicht nur dann, wenn es sich um Geschäfte der Gesellschaft nach außen handelt, die im Rahmen der in § 126 HGB bestimmten Vertretungsmacht vorgenommen werden, sondern auch für Maßnahmen der Geschäftsführung oder andere Mitverwaltungsrechte.¹⁾ Daß der gesetzliche Vertreter zur Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis ermächtigt ist und hierbei an keinerlei Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist, wurde bereits erläutert.²⁾

Hieraus ergibt sich, daß der gesetzliche Vertreter bei der Stimmabgabe zum Beschluß von Maßnahmen der Geschäftsführung, seien es gewöhnliche oder ungewöhnliche Betriebsgeschäfte i. S. des § 116, 2 HGB, keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Der gesetzliche Vertreter ist somit nicht nur zur Ausübung der gewöhnlichen Geschäftsführungsbefugnis gemäß § 116, 1 HGB befugt, sondern auch zu Handlungen berechtigt, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen und zu denen auf Grund des § 116, 2 HGB ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter notwendig ist.

Bei der Abstimmung hierüber bedarf der gesetzliche Vertreter keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Die Befugnis des gesetzlichen Vertreters, das Stimmrecht für den Minderjährigen ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auszuüben, erscheint nur da zweifelhaft, wo eine Maßnahme in Frage steht, die nicht mehr in den Rahmen der Geschäftsführung fällt, sondern ein sogenanntes Grundlagengeschäft darstellt, wie z. B. die Änderung des Gesellschaftsvertrags.

Diese Frage, ob neben der erstmaligen Aufnahme des Geschäftsbetriebs auch jede spätere Änderung des Gesellschaftsvertrags dem Vormundschaftsrichter vorgelegt und von ihm ge-

1) RG 125, 380; Bayr. OLG in DJZ 1902, 79.

2) Vgl. oben S. 58

billigt werden muß, ist im Schrifttum und der Rechtsprechung sehr umstritten.

Das Schrifttum beruft sich auf den Schutz des Minderjährigen und bezieht daher jede Vertragsänderung in § 1822, 3 BGB ein.¹⁾ Die Interessen des Minderjährigen könnten durch wesentliche Änderungen des Gesellschaftsvertrags in ähnlicher Weise gefährdet werden wie durch den Eintritt in die Offene Handelsgesellschaft.²⁾ Das Vormundschaftsgericht könnte sich die Prüfung des Gesellschaftsvertrags sparen, wenn der gesetzliche Vertreter den Vertrag nachträglich beliebig abändern und eine ursprünglich vorteilhafte Beteiligung in ihr Gegenteil verkehren könne.³⁾

Die Rechtsprechung steht dem gegenüber auf dem Standpunkt, daß das Gesetz in den §§ 1821 ff. BGB nicht jedes für den Minderjährigen besonders wichtige oder gefährliche Geschäft für genehmigungspflichtig erkläre, sondern daß es im Interesse der Verkehrssicherheit die Notwendigkeit der Genehmigungen auf ganz bestimmte Geschäftstypen beschränke.⁴⁾ Aus diesem Grunde sei eine analoge Ausdehnung dieses Katalogs auf andere Geschäfte nur deshalb, weil sie auch Gefahren für den Minderjährigen mit sich brächten, nicht zulässig.

Eine vermittelnde Ansicht will die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters nur für wesentliche Änderungen des Gesellschaftsvertrags beschränken.⁵⁾ Dies ist jedoch wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten abzulehnen.⁶⁾

Der Ansicht der Rechtsprechung, die den Schutz des Minderjährigen hinter der Rechtssicherheit zurücktreten läßt, ist aus folgenden Gründen zuzustimmen.

Ein wirksamer Schutz gegen die Gefahren des Wirtschaftslebens läßt sich, wenn einmal die Erlaubnis ausgesprochen ist, nicht erreichen, weil das Gericht laufende wie außergewöhnliche Geschäfte nicht sämtlich begutachten kann.

Der gesetzliche Vertreter bedarf zur Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte auch nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, selbst wenn diese Geschäfte, wie etwa der Grundstückskauf oder die Wechselzeichnung, bei Vornahme durch den Minderjährigen selbst ge-

1) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 105, 14; Knopp BB 1962, 939 (942); Ritter, § 105, 2b Schlegelberger-Geßler, § 105, 54; Wiedemann, S. 250 Anm. 2

2) Hueck, OHG, S. 46; Knopp, S. 941

3) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 105, 14; Knopp BB 62, 939 (942); Schlegelberger-Geßler, § 105, 54

4) BGH 17, 163; LM Nr. 8 zu § 138 HGB; BGH 38, 26; KG in Recht 1913, Nr. 211

5) Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 B; Beitzke, S. 218; Merkel in BB 63 455

6) Wiedemann, S. 251

nehmungspflichtig wären.¹⁾ Solche Geschäfte können aber im Hinblick auf die unbeschränkte Haftung (§ 128 HGB) für den Minderjährigen gefährlicher sein, als Änderungen des Gesellschaftsvertrags, zumal jene Geschäfte von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern allein vorgenommen werden können.

Auch beim Einzelunternehmen beschränken sich die §§ 1822, 3, 1823 BGB auf die einmalige Genehmigung.²⁾ Weiter fällt ins Gewicht, daß der Geschäftsgang einer Offenen Handelsgesellschaft eilige Vertragsänderungen verlangen kann, die nicht bis zur gerichtlichen Stellungnahme aufgeschoben werden dürfen.

Außerdem werden sich die Gesellschafter selbst oft nicht über den Charakter einer Abrede als Vertragsänderung im Klaren sein, wenn etwa der Vertrag durch jahrelange Übung in einzelnen Punkten stillschweigend umgestaltet wird.³⁾

Schließlich werden sich die Gesellschafter oft der Genehmigungspflicht gar nicht bewußt sein, namentlich in Familiengesellschaften oder bei Vertragsänderungen, wie die Änderung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht eines anderen Gesellschafters, von denen der Minderjährige nicht unmittelbar betroffen ist.

In allen diesen Fällen droht bei einer Genehmigungspflicht die Gefahr rückwirkend (teilweise) unwirksamer Gesellschaftsverträge.

Da für den Minderjährigen die Grundsätze der faktischen Gesellschaft nicht auszunutzen sind, rechtfertigt die dadurch herbeigeführte Unsicherheit eine einschränkende Interpretation des § 1822, 3 BGB.⁴⁾

Selbstverständlich kann aber die Änderung des Gesellschaftsvertrags aus einem anderen als dem in § 1822, 3, 2. Fall BGB aufgezählten Grund der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen, z.B. wenn der Minderjährige sich im Änderungsvertrag zur Einbringung eines ihm gehörenden Grundstücks in die Offene Handelsgesellschaft verpflichtet (§ 1821, 1, 4 BGB).⁵⁾ Ebenso bedarf das eigene Ausscheiden des Minderjährigen aus der Offenen Handelsgesellschaft der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, weil darin vom Standpunkt des Minderjährigen aus gesehen die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts liegt (§ 1822, 3, 1. Fall BGB).⁶⁾

1) Hueck, OHG, S. 221

2) BGH 38, 26

3) Wiedemann, S. 251

4) Wiedemann, S. 251

5) Beitzke in JR 1963, 182 (184); Hueck OHG S. 48

6) BGH NJW 61, 725; BGH 38, 27

Abgesehen von dieser Einschränkung bedarf es aber auch zu der Beschlußfassung über die sogenannten Grundlagengeschäfte durch den gesetzlichen Vertreter keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Gesellschafters kann daher grundsätzlich ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts das Stimmrecht in der Offenen Handelsgesellschaft ausüben.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Besitzt der minderjährige Gesellschafter eine Ermächtigung nach § 112 BGB, so ist er für den Kreis der Geschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, allein zur Ausübung des Stimmrechts befugt.

Wie weit der Minderjährige zur Stimmabgabe bei ungewöhnlichen Rechtsgeschäften i.S. des § 116, 2 HGB selbstständig befugt ist, richtet sich auch nach § 112 BGB, das heißt also danach, ob ein Rechtsgeschäft in Frage steht, das der Geschäftsbetrieb mit sich bringt.

Unter ungewöhnlichen Geschäften i.S. des § 116, 2 HGB sind 1. Geschäfte zu verstehen, die zwar zum Betriebe gehören, die aber von außergewöhnlicher Natur sind und gewöhnlich nicht vorkommen. Wann dies der Fall ist, richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag und dem tatsächlichen Geschäftsbetrieb.¹⁾

Auf jeden Fall gehört aber diese Rubrik von Rechtsgeschäften zu den Rechtsgeschäften, die der (sei es auch ungewöhnliche) Geschäftsbetrieb mit sich bringt und untersteht daher der Regelung des § 112 BGB. Der Minderjährige ist somit hierbei zur Stimmabgabe selbstständig befugt.

2. sind jedoch unter ungewöhnlichen Geschäften i.S. des § 116, 2 HGB auch Geschäfte zu verstehen, die dem Gesellschaftszweck gänzlich fremd sind²⁾ und über den Geschäftsbetrieb als solchen hinausgehen.

Bei dieser Art von Rechtsgeschäften ist der ermächtigte Minderjährige nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters zur Stimmabgabe ermächtigt.

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen zu Rechtsgeschäften des § 112, 1 Satz 2 BGB einen Generalkonsens erteilt hat.³⁾

1) Staub-Pinner, § 116, 2.

2) Staub-Pinner, § 116, 2.

3) Vgl. oben S. 50

Steht daher ein Rechtsgeschäft, das unter § 112,1, Satz 2 BGB fällt, zur Debatte, so kann der ermächtigte Minderjährige ohne Spezialkonsens seines gesetzlichen Vertreters seine Stimme zur Beschlußfassung abgeben.

Für die Ausübung des Stimmrechts bei Gesellschafterbeschlüssen, die Grundlagengeschäfte zum Gegenstand haben, wie beispielsweise die Änderung des Gesellschaftsvertrags, genügt die Ermächtigung des § 112 BGB nicht. Denn die Grundlagengeschäfte haben nichts mehr mit der Geschäftsführung zu tun und gehören daher auch nicht zu den von § 112 BGB gemeinten Rechtsgeschäften, die der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts mit sich bringt.

Daher ist der gemäß § 112 BGB ermächtigte Minderjährige nicht in der Lage, zur Beschlußfassung über ein Grundlagengeschäft selbständig seine Stimme abzugeben.

Der gesetzliche Vertreter muß somit das Stimmrecht des Minderjährigen u.a. in folgenden Fällen ausüben:

Bei dem Beschluß darüber, ob Verstöße gegen das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 112 HGB verfolgt werden sollen; bei der Einwilligung gemäß § 112,1 HGB, also dem Beschluß, der einem Gesellschafter gestattet, sich an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter zu beteiligen; bei dem Antrag auf Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis.

Alle diese Fälle sind weder Akte der Geschäftsführung noch der Vertretung, sondern betreffen die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses, auf welche sich die Ermächtigung des § 112 BGB nicht bezieht. Soweit jedoch der Minderjährige infolge seiner Ermächtigung nach § 112 BGB von seinem Stimmrecht selbst Gebrauch machen kann, ist der gesetzliche Vertreter von der Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen.

5. Das Informationsrecht

a. Der nichtermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Das Informationsrecht des § 118 HGB gibt allen Gesellschaftern, also auch denen, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, das Recht, sich jederzeit über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft ein-

zusehen und sich aus ihnen eine Bilanz anzufertigen.¹⁾ Es erstreckt sich auf alle Angelegenheiten der Offenen Handelsgesellschaft, also nicht nur auf den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb, sondern auch auf ungewöhnliche Geschäfte. Es schließt naturgemäß ein Recht zum Betreten der Geschäftsräume in sich ein.²⁾

Das Informationsrecht ist ein persönliches mit der Mitgliedschaft verbundenes Recht und gehört zu den Mitverwaltungsrechten. Es wird als sogenanntes eigennütziges Recht des Gesellschafters behandelt.³⁾ Die Ausübung des Informationsrechts lässt den Bestand des Anspruchs unberührt.

Da unter § 107 BGB entgegen dem Wortlaut auch Rechte fallen, die rechtlich indifferent sind, das heisst an dem Anspruch nichts ändern und auch die Vermögensinteressen des Minderjährigen nicht berühren⁴⁾, steht einer selbstständigen Ausübung des Informationsrechts durch den Minderjährigen nichts entgegen.

Der minderjährige Gesellschafter ist daher zur Ausübung des Informationsrecht selbständig befugt.⁵⁾

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Das Informationsrecht ist ein Recht höchst persönlicher Art und kann grundsätzlich nur von den Gesellschaftern selbst ausgeübt werden (§ 118 HGB).⁶⁾

Die Bedenken gegen eine Ausübung des Informationsrechts durch den gesetzlichen Vertreter sind jedoch schon durch die zum Vertretungsrecht gegebene Begründung zerstreut worden.⁷⁾ Der gesetzliche Vertreter kann daher das Informationsrecht des minderjährigen Gesellschafters ausüben.⁸⁾

Der gesetzliche Vertreter kann kraft der ihm zustehenden Vertretungsmacht auch dann das Informationsrecht des Minderjährigen ausüben, wenn der Minderjährige es ohne die Zu-

1) BGH 25, 115 (119)

2) Zur Geltendmachung des Informationsrecht vgl. OLG Stuttgart in BB 56, 573.

3) Hueck in ZHR 83, 21; Schlegelberger-Gessler § 118, 3; Fischer in RGR-K HGB § 118, 4; RG DR 42, 279; BGH BB 55, 1068 Nr. 1886; BGH BB 57, 836; BGH BB 62, 899; a.A. Heinsheimer, S. 55; Badewitz, S. 84.

4) Staudinger-Coing, § 107, 7.

5) Badewitz, S. 83; Heinsheimer, S. 98

6) BGH 25, 102; BGH WN 91, 1329; BGH 62, 899

7) Vgl. oben S. 11 ff

8) Schlegelberger-Geßler § 118, 3; Weipert in RGR-K HGB § 127, 16; RG DR 42, 279 (280); RG Seuff Arch. 83 Nr. 152

stimmung des gesetzlichen Vertreters ausüben kann.¹⁾

Die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Minderjährige auf Grund einer Ermächtigung nach § 112 BGB handeln kann. Der Grund hierfür liegt darin, daß bei § 112 BGB die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen im Gegensatz zu § 107 BGB erweitert wird und es in diesem Bereich nicht zu kollidierenden Handlungen kommen soll.

Bei § 107 BGB bedarf dagegen der Minderjährige keinen Schutz, da eine spezielle Ermächtigung, die die Geschäftsfähigkeit erweitert, auch nicht nötig ist.

Hieraus folgt, daß die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters im Falle des § 107 BGB unbeschränkt fortbesteht.

Der gesetzliche Vertreter ist daher ebenso wie der Minderjährige zur Ausübung des Informationsrechts befugt.²⁾

b. Der ermächtigte Minderjährige

Der gemäß § 112 BGB ermächtigte minderjährige Gesellschafter ist unabhängig von seiner Ermächtigung schon aus § 107 BGB heraus zur Geltendmachung des Informationsrechts befugt. § 112 BGB übt daher keinerlei Einfluß auf die Geltendmachung des Informationsrechts aus.³⁾

6. Das Kündigungsrecht

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

§ 132 HGB bestimmt für den Fall, daß die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, als gesetzliche Regel, daß ein Gesellschafter nur auf Schluß eines Geschäftsjahres und mit einer Kündigungsfrist von mindestens 6 Monaten vor diesem Zeitpunkt kündigen darf.⁴⁾

§ 132 HGB besagt nicht ausdrücklich, daß jeder Gesellschafter das Recht hat, die Gesellschaft zu kündigen.⁵⁾ Er regelt nur die Kündigungsfrist. Das Kündigungsrecht ist aus § 723, 1, Satz 1 BGB i.V.m. § 105, 2 HGB und § 131, 6 HGB zu entnehmen. Es steht jedem Gesell-

1) Staudinger-Coing, § 107, 1

2) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 118, 1; Hueck, OHG, S. 136; Schlegelberger-Gebler § 118, 3

3) Badewitz, S. 84

4) Weipert in RGR-K HGB § 132, 1.

5) Schlegelberger-Gebler § 132, 2.

schafter zu, auch den von der Geschäftsführung oder Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern.¹⁾

Der minderjährige Gesellschafter kann die Kündigung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung infolge der fehlenden Geschäftstätigkeit nicht selbständig erklären (§ 111 BGB).

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Der gesetzliche Vertreter, dessen grundsätzliche Ausübung von Mitverwaltungsrechten für den Minderjährigen bereits für zulässig erachtet wurde, übt auch das Kündigungsrecht für den minderjährigen Gesellschafter aus.²⁾

Der gesetzliche Vertreter ist bei der Ausübung des Kündigungsrechts für den Minderjährigen nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden.

Da aber die Auflösung der Gesellschaft regelmäßig die Auflösung des Erwerbsgeschäfts, an dem der Minderjährige beteiligt ist, zur Folge hat, so käme die Sollbestimmung des § 1823 BGB in Betracht, nach der der Vormund die Kündigung nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornehmen soll.

Dies gilt jedoch nicht für die Eltern³⁾, da § 1645 BGB eine Genehmigungspflicht nur für den Beginn eines neuen Erwerbsgeschäfts vorsieht.

Das gleiche gilt für die Geltendmachung der Auflösungsklage gemäß § 133 HGB. Zur Stellung des Antrags auf Auflösung der Gesellschaft ist der gesetzliche Vertreter und nicht der Minderjährige befugt.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Sowohl die Kündigung als auch der Antrag auf Auflösung der Gesellschaft gehören weder zu der Geschäftsführung noch zu der Vertretung der Gesellschaft. Sie gehören zu den Grundlagengeschäften.⁴⁾

1) Schlegelberger-Geßler § 132, 2.

2) Weipert in RGR-K HGB 127, 16.

3) Weipert in RGR-K HGB § 132, 8.

4) Weipert in RGR-K HGB § 114, 2.

Es wurde bereits behandelt, daß sich die Ermächtigung des § 112 BGB nicht auf die sogenannten Grundlagengeschäfte erstreckt.

Der ermächtigte minderjährige Gesellschafter kann diese Rechte daher nicht selbständig ausüben.

7. Das Recht auf Mitwirkung bei der Liquidation

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

Ebenso wie das Kündigungsrecht gehört auch das in § 146 HGB normierte Recht auf Mitwirkung bei der Liquidation zu den Mitverwaltungsrechten.¹⁾

Durch den Eintritt in die Liquidation ändert die Gesellschaft nur ihren Zweck; aus einer Erwerbsgesellschaft wird eine Abwicklungsgesellschaft.

Auch der Minderjährige als Gesellschafter hat ein Interesse daran, auf die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern Einfluß auszuüben.

Deshalb kann auch ein nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter Liquidator werden.²⁾

Die Rechte und Pflichten des minderjährigen Liquidators übt der gesetzliche Vertreter aus.³⁾

b. Der ermächtigte Minderjährige

Eine Ermächtigung des minderjährigen Gesellschafters nach § 112 BGB berechtigt den Minderjährigen nicht zur Ausübung des besprochenen Rechts, da dieses nicht mehr zu dem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts gehört.

1) Hueck OHG, S. 193

2) Hueck OHG, S. 361; Weipert in RGR-K HGB § 146, 4.

3) Hueck OHG, S. 361; Weipert in RGR-K HGB § 146, 4.

II. Die Mitverwaltungspflichten in der Offenen Handelsgesellschaft

1. Die Anmeldepflicht

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Den Mitverwaltungsrechten der Gesellschafter stehen einige gesetzlich normierte Pflichten der Gesellschafter gegenüber.¹⁾

Es ist zu prüfen, inwieweit die Minderjährigkeit eines Gesellschafters auf die Erfüllung dieser gesellschaftlichen Pflichten Einfluß hat und welche Stellung der gesetzliche Vertreter hierbei einnimmt.

Gemäss § 106 HGB muß jede Offene Handelsgesellschaft zum Handelsregister angemeldet werden. Zur Anmeldung sind sämtliche Gesellschafter verpflichtet (§ 108 HGB). Die Anmeldepflicht ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung. Nur zur Mitwirkung bei der Anmeldung sind die Gesellschafter gegenseitig durch den Gesellschaftsvertrag privatrechtlich verpflichtet.²⁾

Da die Anmeldung somit kein privatrechtliches Rechtsgeschäft, insbesondere kein Vertragsschluss ist, besteht für die Anwendung des § 107 BGB kein Raum. Der nicht ermächtigte Minderjährige kann somit die Anmeldung selbst nicht vornehmen.

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Gesellschafters hat bei der Anmeldung mitzuwirken. Der gesetzliche Vertreter kann hierbei zugleich für sich oder mehrere seiner Mündel die Anmeldung vornehmen. Die §§ 181, 1795, 1630 BGB stehen dem nicht entgegen, da die Anmeldung wie bereits betont kein privatrechtliches Rechtsgeschäft ist.³⁾

b. Der ermächtigte Minderjährige

Ist der minderjährige Gesellschafter gemäss § 112 BGB zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt, so kann er die Anmeldung zum Handelsregister selbst vornehmen.⁴⁾

1) Siebert in Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der OHG, S. 6

2) Fischer in RGR-K HGB § 108,4

3) KG in KGJ 51, 125; Schlegelberger-Geßler § 108,3; Fischer in RGR-K HGB § 108,4

4) Fischer in RGR-K HGB § 108,4

2. Die Buchführungspflicht

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Nach § 38 HGB ist jeder Kaufmann zur Buchführung verpflichtet. Das bedeutet, daß die auf dem Handelsgesetzbuch beruhende Buchführungspflicht mit der Kaufmannseigenschaft verknüpft ist.

Da die einzelnen Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft – wie bereits erörtert¹⁾ – Kaufmannseigenschaft besitzen, sind alle Gesellschafter, auch die von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, buchführungspflichtig.²⁾ Auch wenn ein oder mehrere Gesellschafter, meistens die geschäftsführenden Gesellschafter, durch Gesellschaftsvertrag mit der Buchführung beauftragt worden sind, sind die übrigen dadurch nicht von der Haftung frei.³⁾

Wollte man auf die Ausübung der Buchführungspflicht die Regeln über die Willenserklärung entsprechend anwenden, so würde sie dennoch nicht zu den Willenserklärungen gehören, die lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen. Denn im Verletzungsfall können die Strafbestimmungen der Konkursordnung (§§ 239 – 244 KO) einen erheblichen Nachteil herbeiführen. Abgesehen hiervon läßt sich aber die Buchführung überhaupt nicht unter den Begriff der Willenserklärung fassen.

Die Buchführungspflicht ist vielmehr eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Kaufmanns. Dieser Pflicht kann nur derjenige Kaufmann nachkommen, der ein Handelsgewerbe selbständig betreiben kann, denn nur er kann Bücher führen.

Da aber der Minderjährige zwar Kaufmann sein kann, aber das Handelsgewerbe nicht selbständig, sondern nur durch seinen gesetzlichen Vertreter zu betreiben vermag, so kann auch nur der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen Bücher führen. Den minderjährigen Gesellschafter trifft daher keine Buchführungspflicht.

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Da der gesetzliche Vertreter eines buchführungspflichtigen Kaufmanns, wie der des minderjährigen Gesellschafters, das Geschäft für den nicht geschäftsfähigen Minderjährigen führt,

1) Vgl. oben S.5

2) Lehmann-Ring, § 38,2; Schlegelberger-Geßler, § 381; Staub-Pinner, § 38,3

3) Weipert in RGR-K HGB § 38,7

so obliegt ihm auch die Sorge für die ordnungsmäßige Buchführung.¹⁾

Ist der Minderjährige von der Geschäftsführung ausgeschlossen und obliegt die Buchführung auf Grund Gesellschaftsvertrags nur den geschäftsführenden Gesellschaftern, so befreit diese Tatsache den gesetzlichen Vertreter nicht von der Sorge für die ordnungsmäßige Erfüllung der Buchführungspflicht. Da alle, auch die von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter für die Erfüllung der Buchführungspflicht haften, so ist auch der gesetzliche Vertreter in solch einem Fall verpflichtet, die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung zu überwachen.

Kommt der gesetzliche Vertreter dieser Verpflichtung nicht nach, so trifft ihn allerdings keine strafrechtliche Verantwortlichkeit aus den oben genannten Konkursbestimmungen. Diese finden ihrem Wortlaut nach nur auf den Schuldner Anwendung, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist oder der seine Zahlungen eingestellt hat. Diese Voraussetzungen treffen auf den gesetzlichen Vertreter nicht zu.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Ist der minderjährige Gesellschafter gemäß § 112 BGB zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt, so ist er auch in der Lage, Bücher zu führen. Ihn trifft damit auch die Buchführungspflicht aus § 38 HGB, so weit er die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach § 112 BGB besitzt.

Für die in § 39 HGB aufgestellte Verpflichtung, Inventar und Bilanz aufzustellen und die in § 41 HGB geforderte Untersuchung des Inventars und der Bilanz sind die gleichen Grundsätze anzuwenden, die bei der Buchführungspflicht entwickelt wurden.

Den ermäßigten Minderjährigen trifft diese Verpflichtung selbst; sonst handelt sein gesetzlicher Vertreter für ihn.

1) Lehmann-Ring § 38,2; Schlegelberger-Geßler § 38,7; Staub-Pinner § 38,1; Weipert in RGR-K HGB § 38,5; Vgl. auch allgemein zur Pflicht des gesetzlichen Vertreters die gesellschaftlichen Pflichten des Mündels auszuüben, Weipert in RGR-K HGB § 127,16.

3. Das Wettbewerbsverbot

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Nach § 112 HGB darf ein Gesellschafter ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte machen, noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen.

Dieses gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 112,1 HGB gilt für alle Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft. Denn auch die von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter haben das auf Grund der zwingenden Vorschrift des § 118 HGB unentziehbare Informationsrecht. Hierdurch erhalten auch diese Gesellschafter einen genauen Einblick in den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft und könnten diese so erlangten Kenntnisse zum Schaden der Gesellschaft verwenden.¹⁾

Das gesetzliche Wettbewerbsverbot besteht daher auch für den minderjährigen Gesellschafter, unabhängig davon, ob er vertretungs- oder geschäftsführungsbefugt ist oder nicht.²⁾

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Da das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 112 HGB auch für den minderjährigen Gesellschafter gilt, so ist ebenso der gesetzliche Vertreter nicht befugt, für den Minderjährigen in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen oder den Minderjährigen an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als Gesellschafter teilnehmen zu lassen.

Bei Zuwiderhandlungen kommt die im Rahmen des Vertretungsrechts erörterte, auch gegenüber dem Minderjährigen geltende, Haftungsregelung zum Zug.³⁾

Fraglich ist jedoch, ob sich das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB auch auf den gesetzlichen Vertreter persönlich erstreckt.

Der Wortlaut des Gesetzes spricht nur von Gesellschaftern, an die sich das Wettbewerbsverbot wendet. Da aber der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Gesellschafters wie ein anderer Gesellschafter tätig werden kann und gegebenenfalls die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ausüben kann, würde es den Gesellschaftsinteressen wider-

1) Schlegelberger-Geßler § 112,2.

2) Hueck OHG, S. 142; Schlegelberger-Geßler, § 112,2; Weipert in RGR-K HGB § 112,2.

3) Vgl. oben S. 29

sprechen, wenn er, unbeschadet seiner Stellung in der Offenen Handelsgesellschaft und seines Einblicks, anderweitig in dem Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte machen oder sich an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft beteiligen könnte.

Auch bei dem Tätigwerden des minderjährigen Gesellschafters auf Grund einer Ermächtigung des § 112 BGB verbleiben dem gesetzlichen Vertreter eine Reihe maßgebender Mitverwaltungsrechte. Vor allem ist hier wiederum das Informationsrecht des § 118 HGB zu nennen, das trotz der Ausübung durch den ermächtigten Minderjährigen auch von dem gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden kann.¹⁾

Dennoch muß aber eine unmittelbare Anwendung des § 112 HGB auf den gesetzlichen Vertreter abgelehnt werden.

Der gesetzliche Vertreter ist nicht Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft. Er ist daher nicht durch den Gesellschaftsvertrag gebunden und es kann somit für ihn auch keine Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag entstehen.²⁾

Tritt jedoch der gesetzliche Vertreter persönlich in Wettbewerb und nimmt er auf eigene Rechnung Wettbewerbshandlungen vor, so kann der gesetzliche Vertreter durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden oder ein Pfleger für die Beteiligung des Minderjährigen nach § 1909 BGB bestellt werden.

Kann auf diesem Weg keine Abhilfe geschaffen werden, so kann ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft oder zu einer Übernahmeklage nach den §§ 133 ff. HGB gegeben sein.³⁾

Im übrigen kann, wer die Kenntnisse, die er in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter eines Gesellschafters von den Verhältnissen der Offenen Handelsgesellschaft gewinnt, für ein Konkurrenzunternehmen ausnutzt, gegen § 1 UWG verstoßen⁴⁾ und auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Die Interessen der Gesellschaft sind somit auch hier, trotz der Unmöglichkeit der direkten Anwendung des § 118 HGB auf den gesetzlichen Vertreter, ausreichend geschützt.

1) Vgl. oben S. 71

2) Hueck, OHG, S. 142; Schlegelberger-Gießler, § 112, 2; Weipert in RGR-K HGB § 112, 2; a.A. Badewitz, S. 96, der aus Schutzgründen eine Anwendung des § 112 HGB auf den gesetzlichen Vertreter bejaht.

3) Hueck, OHG, S. 142; Schlegelberger-Gießler, § 112, 2; Weipert RGR-K HGB § 112, 2.

4) Hueck, OHG, S. 142.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Da das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 118 HGB für alle Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft gilt, unabhängig von ihrer Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft, so ist auch der nach § 112 BGB ermächtigte Minderjährige von diesem Verbot nicht ausgeschlossen.

4. Die Treupflicht

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Das Verhältnis der Gesellschafter zueinander wird als Gemeinschaftsverhältnis von dem Grundsatz gegenseitiger Treue beherrscht. Für alle Gesellschafter besteht daher eine allgemeine Treupflicht.¹⁾ Aus ihr ergibt sich positiv die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen und negativ die Pflicht, alles zu unterlassen, was dieses Interesse schädigt.²⁾

Die positive Treupflicht besteht in erhöhtem Maß für die geschäftsführenden Gesellschafter. Sie besteht aber auch für die nicht geschäftsführenden Gesellschafter, die sich bei der Abstimmung über ungewöhnliche Geschäfte ebenso von den Interessen der Gesellschaft leiten lassen müssen.³⁾

Als Unterlassungspflicht besteht die Treupflicht in gleicher Weise für geschäftsführende wie für nicht geschäftsführende Gesellschafter.⁴⁾

Da die Treupflicht alle Gesellschafter trifft, so ist auch der Minderjährige daran gebunden, seine Gesellschafterrechte und -pflichten in diesem Sinne auszuüben.

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Übt der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen die Gesellschafterrechte aus, so ist er auf Grund seiner gesetzlichen Vertretungsmacht (§ 1626 BGB) verpflichtet, die den

1) Haupt-Reinhardt, S. 53; Hueck, OHG, S. 139; Lehmann, S. 79, 108; Flechtheim in Düringer-Hachenburg § 1, 8, 98; Weipert in RGR-K HGB § 105, 31.

2) RG JW 35, 1773.

3) Hueck, OHG, S. 140.

4) Hueck, OHG, S. 140.

Minderjährigen treffende Treupflicht bei der Ausübung der Gesellschafterrechte zu berücksichtigen, auch wenn ihn selbst keine unmittelbare Treupflicht trifft, da er kein Gesellschafter ist.

Verstößt der gesetzliche Vertreter bei der Ausübung der Gesellschafterrechte gegen die den Minderjährigen treffende Treupflicht gegenüber den Gesellschaftern, so hat dies die gleiche Folge wie eine sonstige Vertragsverletzung.

Ein schuldhafter Verstoß des gesetzlichen Vertreters verpflichtet den Minderjährigen zum Schadensersatz; schwerere Verletzungen können einen Grund für Maßnahmen nach den §§ 117, 127, 133, 140 HGB bilden.

Der Minderjährige kann in einem solchen Fall seinen gesetzlichen Vertreter in Regreß nehmen.¹⁾

b. Der ermächtigte Minderjährige

Sofern der minderjährige Gesellschafter auf Grund des § 112 BGB zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt ist und insoweit Geschäftsführer- und Vertreterhandlungen selbständig vornehmen kann, ist er bei der selbständigen Ausübung seiner Gesellschafterrechte unmittelbar an die Treupflicht gebunden.

Er hat bei Verstoß gegen die Treupflicht die oben geschilderten Folgen zu tragen.

1) Hueck, CHG, S. 141.

III. Die Vermögensrechte in der Offenen Handelsgesellschaft.

1. Anspruch aus § 122 HGB

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Aus der Mitgliedschaft einer Offenen Handelsgesellschaft ergeben sich neben den Mitverwaltungsrechten auch Vermögensrechte für den Gesellschafter.¹⁾

Die gesellschaftlichen Vermögensrechte sind obligatorische Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft.²⁾

Auch dem minderjährigen Gesellschafter stehen infolge seiner Mitgliedschaft diese Ansprüche gegen die Gesellschaft zu.

Nach § 120 HGB wird der auf den einzelnen Gesellschafter entfallende Gewinn oder Verlust dem Kapitalanteil zu- oder abgeschrieben. Der Kapitalanteil ist zwar nicht lediglich eine reine Rechnungsziffer, sondern er ist das Beteiligungsrecht des Gesellschafters selbst.³⁾ Dennoch regelt § 120 HGB lediglich die buchmäßige Behandlung der auf den einzelnen Gesellschafter entfallenden Verlust- und Gewinnanteile. Über das Gewinnentnahmerecht selbst sagt die Vorschrift nichts.

Gemäß § 122 HGB ist jedoch jeder Gesellschafter berechtigt, aus der Gesellschaftskasse Geld bis zum Betrage von 4 % seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils zu seinen Lasten zu erheben und, soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, auch die Auszahlung seines den bezeichneten Betrag übersteigenden Anteils am Gewinn des letzten Jahres zu verlangen.

Zur Ausübung dieses gesellschaftlichen Vermögensrechts ist der minderjährige Gesellschafter infolge seiner fehlenden Geschäftsfähigkeit nicht befugt.

Es gelten auch hier ebenso wie hinsichtlich der Ausübung der Mitverwaltungsrechte die §§ 108, 109 und 111 BGB.

1) Vgl. oben S. 6 ; Siebert in Steuerberater-Jahrbuch, S. 301 ; Wiedemann, S. 39.

2) Heinsheimer, S. 53.

3) Fischer in RGR-K HGB § 120,3

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Auf Grund des § 1626 und des § 1773 BGB ist der gesetzliche Vertreter nicht nur zur Personensorge, sondern auch zur Vermögenssorge verpflichtet.¹⁾ Zur Vermögenssorge gehört auch die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen hinsichtlich der diesem zustehenden gesellschaftlichen Vermögensrechte.²⁾

Dies gilt für die Eltern und den Vormund eines Minderjährigen uneingeschränkt; hinsichtlich des Pflegers eines minderjährigen Gesellschafters einer Offenen Handelsgesellschaft ist jedoch folgende Einschränkung zu vermerken.

Die Bestellung eines Pflegers ist bei Gründung von Familiengesellschaften in der Form von Personalgesellschaften, bei der neben den Kindern die Eltern beteiligt werden sollen, auf Grund der §§ 181, 1630, 1795, 1796, 1909 BGB vorgeschrieben, um eine Interessenkollision zu vermeiden.

Das den Eltern nach § 1626, 1 BGB zustehende Recht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, bezieht sich nach § 1630 BGB nicht auf die Angelegenheiten des Kindes, für die ein Pfleger bestellt ist.

Es ist aber anerkannt³⁾, daß § 1630 BGB nicht anzuwenden ist, wenn der Pfleger nur bestellt ist, um ein Selbstkontrahieren der Eltern (§ 181 BGB) zu vermeiden. Ist der Pfleger nur bestellt, weil die Eltern kein Rechtsgeschäft im Namen des Kindes mit sich im eigenen Namen vornehmen können, so bezieht sich die Pflegerbestellung nicht auf die Vermögenssorge der Eltern, es sei denn, es liegt ein Fall ausdrücklicher Verwaltungsentziehung (§ 1638 BGB) vor. Die Eltern sind im Rahmen der §§ 1630; 1795; 181 BGB nur von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen. Ihnen verbleibt aber die Vermögenssorge für das Kind. Das gilt auch, wenn die Eltern durch das Vormundschaftsgericht wegen Interessenkollision in ihren Rechten beschränkt sind (§§ 1630, 2; 1796)⁴⁾, da in diesen Bestimmungen nur von Vertretung die Rede ist.

Der den Eltern weiter zustehenden Vermögensverwaltung untersteht damit auch der Teil des Vermögens des Kindes, der im Gesellschaftsvermögen gebunden ist.

1) Erman-Ronke § 1626, 5; Lange in Soergel-Siebert § 1626, 11.

2) Heinsheimer, S. 97.

3) Schneider in BB 55, 948; RG 144, 246 (250).

4) RG 144, 246 (250).

Die **Pflegerbestellung** entzieht somit den Eltern oder dem Vormund nur die Befugnis, das minderjährige Kind in der Gesellschaft zu vertreten, also die Mitverwaltungsrechte und -pflichten auszuüben.

Das Recht zur Verwaltung des Kindesvermögens bleibt aber durch die Pflegerbestellung unberührt.

Es sei somit darauf hingewiesen, daß die Ausübung der gesellschaftlichen Vermögensrechte und -pflichten grundsätzlich nicht vom Pfleger, sondern nur von den Eltern bzw. vom Vormund ausgeübt werden.¹⁾

Fraglich ist es jedoch, ob sich gegen die Ausübung der Vermögensrechte des minderjährigen Gesellschafters durch den gesetzlichen Vertreter als Nichtgesellschafter Bedenken aus dem gesellschaftlichen Bereich ergeben.

Die gesellschaftlichen Vermögensrechte sind ebenso wie alle Vermögensrechte ihrem Wesen nach dahin zu bestimmen, daß sie einer Vergleichung mit dem allgemeinen Wertmesser Geld zugänglich sind. Daraus folgen die regelmäßigen Merkmale der Übertragbarkeit, Vererblichkeit und der Eigenschaft, Haftungsobjekt für die Schulden des Rechtssubjekts zu sein, also z.B. Verpfändbarkeit.²⁾

Als obligatorische Ansprüche sind die gesellschaftlichen Vermögensrechte für die Art ihrer Ausübung und Verwirklichung denselben Regeln wie die obligatorischen Rechte im allgemeinen unterworfen. Sie können Objekt von Verfügungsgeschäften sein. Sie können auf Grund irgendeines Kausalgeschäfts durch Zessionsvertrag einzeln oder alle zusammen auf eine oder mehrere Personen übertragen werden, oder unter Lebenden Kraft Gesetzes auf einen anderen übergehen. Ebenso können sie vererbt, verpfändet, oder mit einem Nießbrauch belastet werden.

Dies alles ergibt sich aus § 717, 2 BGB i.V.m. § 105, 2 HGB. Die gesellschaftlichen Vermögensrechte stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung; für ihre Innehabung ist die Gesellschaftereigenschaft nicht erforderlich.³⁾

Aus der Übertragbarkeit des Gewinnanteilsanspruchs auf jeden Dritten und der Geltendmachung durch diesen Dritten als Nichtgesellschafter folgt, daß sich keinerlei Bedenken

1) Schneider in BB 55, 948.

2) Heinsheimer, S. 52.

3) Heinsheimer, S. 55.

gegen die Geltendmachung des Gewinnanteilsanspruches durch den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Gesellschafters ergeben.¹⁾

Ein besonderer Hinweis auf die bei den Mitverwaltungsrechten erfolgte Begründung einer Berechtigung des gesetzlichen Vertreters zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte erscheint hier überflüssig.

Allein schon aus der Unabhängigkeit der gesellschaftlichen Vermögensrechte von der Gesellschaftserstellung folgt die Berechtigung des gesetzlichen Vertreters zur Ausübung der Vermögensrechte für den minderjährigen Gesellschafter.

Der gesetzliche Vertreter ist daher grundsätzlich zur Vornahme von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen, die sich auf die gesellschaftlichen Vermögensrechte beziehen, befugt.²⁾ Er ist daher auch imstande, für den Minderjährigen den Anspruch aus § 122,1 HGB geltend zu machen.

Aus der Unabhängigkeit der gesellschaftlichen Vermögensrechte von der Innehabung einer Gesellschaftserstellung und ihrer Behandlung wie sonstige obligatorische Ansprüche nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches folgt eine größere Abhängigkeit von der nach den §§ 1821, 1822 BGB erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Bei den Vermögensrechten erfordern die Gesellschaftsinteressen im Gegensatz zu den Mitverwaltungsrechten keine freiere Stellung des Minderjährigen. Der gesetzliche Vertreter ist hier stets an die nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches erforderlichen Einzelgenehmigungen gebunden.

Die Eltern können ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Anspruch aus § 122,1 HGB für den Minderjährigen geltend machen.³⁾

Der Vormund dagegen darf grundsätzlich gemäß § 1812,1 BGB nur mit Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts über Forderungen des Mündels verfügen. Er darf jedoch Geldleistungen gemäß § 1813,4 BGB annehmen, sofern diese zu den Nutzen des Mündelvermögens gehören. Die Erträge eines Unternehmens fallen als mittelbare Rechtsfrüchte unter den Begriff der Nutzungen (§ 99,3 i.V.m. § 100,1 BGB).⁴⁾

Der Vormund eines minderjährigen Gesellschafters ist daher zur Annahme der aus § 122,1 HGB geschuldeten Leistung selbständig berechtigt.

1) Siebert im Steuerberater-Jahrbuch, S. 301.

2) Heinsheimer, S. 98; Lange in Soergel-Siebert § 1630,1; Staudinger-Donau § 1630,2; OLG 11, 298 (299); RG 75, 357.

3) Weipert in RGR-K HGB § 127,16.

4) BGH 7, 218; Palandt-Danckelmann § 99,2 a

Umgekehrt erfolgt die Erfüllung des Anspruchs aus § 122 HGB auf Grund eines Mitverwaltungsrechts, nämlich des Vertretungsrechts eines vertretungsbefugten Gesellschafters. Schuldner des Gewinnauszahlungsanspruchs aus § 122 HGB ist die Gesellschaft.

Die früher vielfach vertretene Ansicht¹⁾, daß es bei den Rechtsgeschäften zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern nicht auf die Vertretungsbefugnis nach den §§ 125, 126 HGB, sondern allein auf die Geschäftsführungsbefugnis nach § 115 HGB ankomme, hat sich nicht durchgesetzt.

Es handelt sich vielmehr, ebenso wie in den anderen Fällen der Vertretung gegenüber Dritten um eine wahre Vertretung der Gesellschaft nach außen gegenüber Drittgläubigern. Der Gesellschafter kann seinen vermögensrechtlichen Anspruch ja auch an einen Dritten, Nichtgesellschafter, abtreten. Daß der Drittgläubiger zufällig Gesellschafter ist, rechtfertigt nicht die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung auf ein reines Außenverhältnis.

Es sind daher bei Geschäften zwischen der Offenen Handelsgesellschaft und ihren Mitgliedern die Grundsätze über die Vertretung anzuwenden.²⁾

Für den minderjährigen vertretungsbefugten Gesellschafter nimmt somit der gesetzliche Vertreter in Ausübung des Vertretungsrechts des Minderjährigen die Erfüllung des Anspruchs aus § 122 HGB vor.

Ist der minderjährige vertretungsberechtigte Gesellschafter gleichzeitig Gläubiger des Anspruchs aus § 122 HGB, so könnte einer Befriedigung des Anspruchs § 181 BGB entgegenstehen.

§ 181 BGB kommt bei der Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter zur Anwendung.³⁾ Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht steht der Anwendung des § 181 BGB nicht entgegen.⁴⁾

Grundsätzlich kann daher ein Gesellschafter die Gesellschaft bei Geschäften der Gesellschaft mit ihm selbst nicht vertreten. Eine Ausnahme hiervon gilt dann, wenn das Selbst-

1) Brand, § 126, 2, d; Hahn, Art. 122, Zus. § 4; Lehmann-Ring, § 114, 3; § 126, 2; Staub-Pinner, § 126, 11.

2) Hueck, OHG, S. 216; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 126, 14; Schlegelberger-Geßler, § 126, 17.

3) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 126, 15; Hueck, OHG, S. 216.

4) RG JW 1924, 1862.

kontrahieren dem vertretungsberechtigten Gesellschafter ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist, oder es sich lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt (§ 181 BGB). Letzteres kommt in Betracht, wenn ein Gesellschafter eine ihm geschuldete Vergütung aus der Gesellschaftskasse entnimmt.

Der gesetzliche Vertreter des vertretungsberechtigten minderjährigen Gesellschafters ist daher auch dann zur Vornahme der Leistung aus § 122 HGB befugt, wenn der Minderjährige selbst der Gläubiger ist.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Hat der minderjährige Gesellschafter eine Ermächtigung nach § 112 BGB erhalten, so ist er zur Vornahme von Geschäften, die zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gehören, befugt.

Die Geltendmachung des Anspruchs aus § 122, 1 HGB gehört jedoch nicht zu den Geschäften, die der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts mit sich bringt.

Die Forderung entsteht nicht durch den Betrieb der Gesellschaft, sondern auf Grund des Gesellschaftsvertrags durch die Zugehörigkeit zur Gesellschaft. Die Gesellschafter stehen der Gesellschaft bei der Geltendmachung ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche nicht anders gegenüber als Gläubiger und Schuldner bei sonstigen obligatorischen Rechtsverhältnissen.¹⁾

Hieraus folgt, daß die Ermächtigung des § 112 BGB den minderjährigen Gesellschafter nicht zur selbständigen Geltendmachung seines Gewinnanteilsanspruchs aus § 122, 1 HGB ermächtigt.

Nur der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen kann den Anspruch geltend machen, unabhängig davon, ob der Minderjährige ermächtigt ist oder nicht.

Umgekehrt kann der ermächtigte Minderjährige infolge seiner Vertretungsmacht die Erfüllung des Anspruchs aus § 122 HGB im Namen der Gesellschaft an die anderen Gesellschafter vornehmen.

Ist jedoch der Minderjährige selbst Gläubiger des Anspruchs aus § 122 HGB, so kommt ein Selbstkontrahieren des Minderjährigen nach § 181 BGB, was an sich erlaubt wäre, da es sich um ein reines Erfüllungsgeschäft handelt, dennoch nicht in Betracht.

1) Heinsheimer, S. 99, 87, 88, 82

Der Minderjährige bedarf nämlich zur Annahme der aus § 122 HGB bewirkten Leistung, wie bei der Geltendmachung aller vermögensrechtlichen Ansprüche, der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters. Da die Annahme einer geschuldeten Leistung wegen des Verlustes der Forderung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil (§ 107 BGB) bringt, so ist die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters unumgänglich.

Der gemäß § 112 BGB ermächtigte minderjährige vertretungsbefugte Gesellschafter ist somit zwar zur Erfüllung des Anspruchs aus § 122 HGB an die anderen Gesellschafter, jedoch nicht an sich selbst, ermächtigt.¹⁾

2. Ersatzansprüche für Aufwendungen

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Die Vorschrift des § 110 HGB stellt fest, daß die Gesellschaft verpflichtet ist, die Aufwendungen, die ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten gemacht hat, zu ersetzen und zu verzinsen.

Ebenso ist die Gesellschaft zum Ersatz der Verluste verpflichtet, die der Gesellschafter durch die Geschäftsführung und die damit verbundenen Gefahren erleidet.²⁾

Diese Verpflichtung der Offenen Handelsgesellschaft besteht nicht nur gegenüber den geschäftsführenden Gesellschaftern, sondern gegenüber jedem Gesellschafter, der befugterweise in Angelegenheiten der Gesellschaft tätig wird.³⁾ Die Verpflichtung besteht selbst gegenüber dem unbefugt handelnden Gesellschafter, sofern ihn nicht bei der Vornahme des seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitenden Geschäfts ein Verschulden gemäß § 708 BGB trifft.⁴⁾

Das Entstehen des Anspruchs ist zwar durch das Ausüben von Mitverwaltungsrechten bedingt, der sich daraus ergebende Anspruch selbst ist aber zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Gesellschafter gegen die Gesellschaft zu rechnen.

1) Badewitz, S. 89.

2) Weipert in RGR-K HGB § 110, 1.

3) Hueck, OHG, S. 153.

4) Dieser Fall ist ebenso zu behandeln wie die Haftungsfrage, vgl. oben S. 29

Da die Annahme der Ersatzleistung aus § 110 HGB zum Verlust der Forderung gegen die Gesellschaft führt, ist der Minderjährige auch nicht im Hinblick auf § 107 BGB zur Geltendmachung des Anspruchs befugt.

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Bezüglich der Ausübung dieses Vermögensrechts durch den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Gesellschafters ist auf das zur Ausübung des Vermögensrechts aus § 122 HGB Gesagte zu verweisen.

Der gesetzliche Vertreter ist infolge seiner Vertretungsmacht und fehlender entgegenstehender Interessen der Gesellschafter befugt, den Ersatzanspruch aus § 110 HGB geltend zu machen.

Der elterliche Gewalthaber ist hierbei unabhängig von einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Auch der Vormund ist auf Grund des § 1813 Ziff. 3 BGB ermächtigt, selbständig den Aufwendungsersatz entgegenzunehmen.¹⁾ Hinsichtlich der Geltendmachung eines Ersatzanspruchs für durch die Geschäftsführung erlittenen Schaden ist der Vormund jedoch, soweit der Anspruch 300.-- DM übersteigt, an die Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts gebunden (§ 1812 BGB).

Umgekehrt ist der gesetzliche Vertreter des vertretungsberechtigten Minderjährigen auch zur Erfüllung der Ersatzforderung an die Mitgesellschafter und an den minderjährigen Gesellschafter befugt. § 181 BGB steht dem nicht entgegen, da es sich um die Vornahme eines reinen Erfüllungsgeschäfts handelt.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Daß die Ermächtigung des Minderjährigen nach § 112 BGB sich nicht auf die Geltendmachung von Vermögensrechten bezieht, wurde bereits bei Behandlung des Anspruchs aus § 122 HGB erläutert.²⁾

Der ermächtigte minderjährige Gesellschafter kann daher nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters den Ersatzanspruch aus § 122 HGB geltend machen.

1) Vgl. oben S. 84

2) Vgl. oben S. 86

Umgekehrt ist der ermächtigte vertretungsberechtigte minderjährige Gesellschafter befugt, den Ersatzanspruch der Mitgesellschafter im Namen der Gesellschaft zu erfüllen.

Dagegen ist ihm eine Erfüllung an sich selbst nicht erlaubt, da er zur Annahme der Leistung wiederum der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf.

3. Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

Das in § 155 HGB normierte Recht der Gesellschafter, Verteilung des Vermögens zu verlangen, gehört auch zu den gesellschaftlichen Vermögensrechten eines Gesellschafters.¹⁾

Die Gesellschafter haben einen Anspruch auf diese Verteilung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 155 HGB.

Zur Geltendmachung des Anspruchs ist der Minderjährige auch nicht nach § 107 BGB befugt. Es handelt für ihn vielmehr der gesetzliche Vertreter²⁾, wobei der elterliche Gewalthaber im Gegensatz zu dem Vormund (§ 1812 BGB) nicht an die Genehmigung eines Vormunds oder des Vormundschaftsgerichts gebunden ist.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Wie bereits erläutert, bezieht sich die Ermächtigung des § 112 BGB nicht auf die Vermögensrechte eines Gesellschafters. Der ermächtigte Minderjährige ist daher auch nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Geltendmachung des vermögensrechtlichen Anspruchs aus § 155 HGB befugt.

1) Hueck, OHG, S.193; S. 380 ff.

2) Weipert in RGR-K HGB § 127, 16.

IV. Die Vermögenspflichten in der Offenen Handelsgesellschaft

1. Die Beitragspflicht

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Soweit sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt, sind die Gesellschafter gemäß § 701,1 BGB i.V.m. § 105,2 HGB zur Leistung gleicher Beiträge verpflichtet.

Der minderjährige Gesellschafter kann infolge seiner fehlenden Geschäftsfähigkeit den Anspruch der Gesellschaft nicht selbständig erfüllen (§§ 107, 108, 111 BGB).

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Gläubiger des Anspruchs auf Beitragsleistung ist die Gesellschaft und Schuldner ist der Gesellschafter. Es liegt genau umgekehrt wie in den oben behandelten Fällen der Vermögensrechte des Gesellschafters gegen die Gesellschaft.

In gleicher Weise stehen sich aber auch hier Gesellschaft und Gesellschafter als Vertragsparteien gegenüber. Zwischen beiden bestehenden obligatorische Beziehungen. Beide Gruppen von Vermögensrechten, sowohl die der Gesellschafter gegen die Gesellschaft als auch die der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Gesellschaftereigenschaft.¹⁾

Hieraus folgt, daß gegen eine Erfüllung dieser Vermögenspflichten des Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter ebensowenig Bedenken bestehen wie gegen die Ausübung von Vermögensrechten des Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter.²⁾

Der gesetzliche Vertreter erfüllt somit den Anspruch der Gesellschaft auf Beitragsleistung gegen den Minderjährigen.

Eine Bindung an eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei dieser Tätigkeit ist nicht gegeben.

Umgekehrt kann der gesetzliche Vertreter eines vertretungsberechtigten Minderjährigen einen Anspruch der Gesellschaft auf Beitragszahlung gegen einen Mitgesellschafter auf Grund des Vertretungsrechts des Minderjährigen geltend machen.

1) Heinsheimer, S. 23, 27, 46, 47, 53, 55; Badewitz, S. 90.

2) Vgl. oben S. 84

Dieses Recht wird man dem gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Gesellschafters jedoch auch zusprechen müssen, wenn der Minderjährige keine Vertretungsbefugnis besitzt. Denn nicht nur der vertretungsberechtigte Gesellschafter, sondern jeder Gesellschafter ist zur Geltendmachung der Ansprüche auf Erfüllung der Verpflichtungen der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, befugt. Diese Klagemöglichkeit – actio pro socio – wird daraus gefolgert, daß die Gesellschafter, die jedem einzelnen Gesellschafter die Leistungen im Gesellschaftsvertrag versprochen haben, sich auch gegenseitig verpflichtet haben.¹⁾ Daher steht auch dem minderjährigen nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter diese Klage zu und kann durch den gesetzlichen Vertreter geltend gemacht werden.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Da es sich bei den Vermögenspflichten des Gesellschafters, ebenso wie bei den Vermögensrechten um Rechtsverhältnisse handelt, die im Gegensatz zu den Mitverwaltungsrechten und -pflichten in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Gesellschafterstellung und dem Geschäftsbetrieb stehen, kann die Ermächtigung des § 112 BGB hier nicht Platz greifen. Hieran zeigt sich auch die Notwendigkeit einer Einteilung in Mitverwaltungsrechte und -pflichten sowie Vermögensrechte und -pflichten, weil beide Gruppen im Hinblick auf § 112 BGB eine verschiedene Behandlung erfahren.

Die Ermächtigung des § 112 BGB erstreckt sich nicht auf die Erfüllung der Beitragspflicht.

Der gesetzliche Vertreter hat der Erfüllung der Beitragspflicht in jedem Fall zuzustimmen.

Umgekehrt ist aber der nach § 112 BGB ermächtigte vertretungsberechtigte Minderjährige zur selbständigen Geltendmachung des Beitragsanspruchs der Gesellschaft gegen die Mitgesellschafter auf Grund seines Vertretungsrechts befugt, da die Verfolgung von Vermögensrechten der Gesellschaft zu den Geschäften gehört, die der Geschäftsbetrieb der Offenen Handelsgesellschaft mit sich bringt.

Ebenso ist der nach § 112 BGB ermächtigte, aber nicht vertretungsberechtigte Minderjährige²⁾ befugt, die actio pro socio gegenüber einem Mitgesellschafter geltend zu machen.

Hierzu bedarf der Minderjährige nicht einmal der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters,

1) Hueck, ZAKDR 44, 103; BGH 25, 47

2) Über den Sinn einer solchen Regelung, den Minderjährigen nach § 112 BGB zu ermächtigen, aber von der Vertretung auszuschließen, vgl. oben S. 52, 53

da die Geltendmachung der *actio pro socio* keines der von § 112, 1, Satz 2 BGB betroffenen Rechtsgeschäfte berührt.

Daher steht nichts im Wege, die *actio pro socio* auch in den Rahmen der durch § 112 BGB erweiterten Geschäftsfähigkeit des nichtvertretungsberechtigten Minderjährigen fallen zu lassen.

2. Ersatzpflicht wegen schuldhafter Handlung

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

Eine Ersatzpflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft kann aus jeder Art von Vertragsverletzung entstehen. Nicht nur führt eine schuldhafte (§ 708 BGB) Überschreitung der Vertretungs- bzw. Geschäftsführungsbefugnis zu einer Ersatzpflicht des Gesellschafters, sondern auch ein Verstoß gegen die jeden Gesellschafter treffende Treupflicht und gegen andere Gesellschafterpflichten. Hierunter ist auch der aus § 113 HGB folgende Ersatzanspruch wegen Verletzung der Unterlassungspflicht des § 112 HGB zu zählen.

Daß den minderjährigen Gesellschafter die Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft für ein schuldhaftes Verhalten des gesetzlichen Vertreters trifft, wurde bereits im einzelnen erörtert.

Zur Erfüllung dieses Ersatzanspruches der Gesellschaft ist der Minderjährige infolge der fehlenden Geschäftsfähigkeit nicht imstande.

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Der gesetzliche Vertreter erfüllt für den minderjährigen Gesellschafter die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Minderjährigen. Seine Befugnis hierzu ist aus den vorangegangenen Erörterungen bezüglich der anderen Vermögenspflichten des Minderjährigen abzuleiten.

Desgleichen ist hinsichtlich der Befugnis des gesetzlichen Vertreters eines minderjährigen vertretungsberechtigten Gesellschafters, die Geltendmachung des Ersatzanspruches der Gesellschaft kraft des Vertretungsrecht des Minderjährigen zu betreiben, auf das dort Gesagte zu verweisen.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Die Ermächtigung des § 112 BGB erstreckt sich weder auf die Vermögensrechte noch auf die Vermögenspflichten.¹⁾ Daher ist der minderjährige ermächtigte Gesellschafter nicht befugt, die Ersatzleistung selbst vorzunehmen. Es bedarf hierzu der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters.

Umgekehrt ist dem ermächtigten vertretungsberechtigten Minderjährigen die Eintreibung der Ersatzansprüche im Namen der Gesellschaft ebenso gestattet wie dem ermächtigten nicht vertretungsberechtigten Minderjährigen aus dem Gesichtspunkt der *actio pro socio*.

3. Die Verzinsungspflicht

a. Der nicht ermächtigte Minderjährige

aa. Stellung des Minderjährigen

§ 111 HGB normiert eine gesetzliche Verzinsungspflicht des Gesellschafters, wenn er seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt, wenn er eingenommenes Gesellschaftsgeld nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefern und wenn er unbefugt Geld aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt.

Setzt der Minderjährige oder sein gesetzlicher Vertreter einen dieser Tatbestände, so trifft den minderjährigen Gesellschafter eine Verzinsungspflicht. Zur Erfüllung der aus der Verzinsung der Gesellschaft entstandenen Forderung ist der Minderjährige selbständig ebenso wenig befugt wie bei den anderen Vermögensrechten.

bb. Stellung des gesetzlichen Vertreters

Der gesetzliche Vertreter ist auf Grund seiner sich auch auf die Vermögenssorgen des Minderjährigen erstreckenden Vertretungsmacht befugt, die aus der Verzinsung für die Gesellschaft gegen den Minderjährigen bestehende Forderung zu erfüllen.

b. Der ermächtigte Minderjährige

Der ermächtigte Minderjährige kann die aus der Verzinsungspflicht entstandene Forderung der Gesellschaft ebensowenig selbständig erfüllen, wie die anderen ihn treffenden Vermögenspflichten, da die Ermächtigung des § 112 BGB nicht so weit reicht.

1) Vgl. oben S. 91

2. Teil: Der gesetzliche Vertreter eines volljährigen Gesellschafters

I. Vormundschaft

Die elterliche Gewalt endet nach § 1626,1 BGB mit der Volljährigkeit des Kindes, also mit Vollendung des 21. Lebensjahres (§ 2 BGB). Eine gesetzliche Vertretung eines Volljährigen kraft elterlicher Gewalt kommt daher nicht in Betracht.

Die gesetzliche Vertretung eines Volljährigen ist aber möglich in Form der Vormundschaft. Voraussetzung hierfür ist, daß der Volljährige entmündigt ist (§ 1896 BGB). Gemäß § 1899 BGB sind als Vormund die Eltern des Mündels berufen.

Auch kann der Volljährige unter der Voraussetzung des § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden, wenn die Entmündigung beantragt ist.

Der wegen Geisteskrankheit (§ 104 BGB) oder wegen Geistesschwäche entmündigte Volljährige ist geschäftsunfähig und ist rechtlich wie ein Minderjähriger zu behandeln, der noch nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat. Seine Willenserklärungen sind gemäß § 105,1 BGB nichtig.

Der wegen Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht entmündigte oder nach § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft gestellte Volljährige ist rechtlich wie ein Minderjähriger zu behandeln, der das siebente Lebensjahr vollendet hat (§ 114 BGB). Er ist beschränkt geschäftsfähig. Die §§ 107 - 113 BGB finden Anwendung. Die Willenserklärung eines so Entmündigten sind nur wirksam, wenn sie ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen. Ansonsten sind zweiseitige Rechtsgeschäfte bis zur Genehmigung des Vormunds schwebend unwirksam und einseitige Rechtsgeschäfte nichtig.

Auch § 112 BGB gilt somit für den wegen Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht Entmündigten, sowie für den unter vorläufige Vormundschaft Gestellten.¹⁾

Gemäß § 1897 BGB finden auf die Vormundschaft über einen Volljährigen die für die Vormundschaft über einen Minderjährigen geltenden Vorschriften Anwendung, sofern sich nicht aus den §§ 1898 bis 1908 BGB etwas anderes ergibt.

1) Palandt-Danckelmann, § 106,1.

Hinsichtlich der Stellung eines entmündigten Gesellschafters und seines Vormunds sowie hinsichtlich der Ausübung der Gesellschafterrechte und -pflichten kann demnach im wesentlichen auf die im ersten Teil der Arbeit zur Stellung des minderjährigen Gesellschafters und seines gesetzlichen Vertreters gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Auch der Vormund eines volljährigen Gesellschafters übt daher grundsätzlich, infolge der im ersten Teil der Arbeit getroffenen Interessenabwägung zwischen den Interessen des Minderjährigen an der Beteiligung an der Gesellschaft und dem Interesse der Gesellschafter am Ausschluß gesellschaftsfremder Personen die Gesellschafterrechte und -pflichten für den volljährigen Mündel aus.

Eine Ansicht¹⁾ schränkt diese Befugnis des Vormunds jedoch ein. Sie gestattet dem Vormund nicht die Ausübung des Vertretungsrechts und des Geschäftsführungsrechts.

Als Begründung hierfür wird vorgebracht, daß ein geschäftsführungs- und vertretungsberechtigter Gesellschafter nicht nur sein eigenes Vermögen verwaltet, sondern auch das davon rechtlich getrennte Vermögen der Mitgesellschafter, so weit es in deren Beteiligung an der Gesellschaft besteht.

Wird der geschäftsführungs- und vertretungsberechtigte Gesellschafter entmündigt und erhält er einen Vormund, so dürfe dieser das Vermögen des Mündels verwalten; er habe aber nicht die Befugnis, seinen Mündel auch in den Angelegenheiten zu vertreten, in denen dieser die Angelegenheiten Dritter als deren gesetzlicher Vertreter wahrzunehmen habe. Deshalb sei der Vormund eines geschäftsunfähig gewordenen vertretungs- und geschäftsführungsberechtigten Gesellschafters nicht befugt, das Vertretungsrecht oder Geschäftsführungsrecht seines Mündels auszuüben.

Vielmehr seien die Gesellschafter unter Mitwirkung des Vormunds verpflichtet, sofort einen anderen Mitgesellschafter mit der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu betreuen, bei dessen Auswahl dann ganz andere Gesichtspunkte maßgebend seien, als bei der Auswahl des Vormunds.

Diese Ansicht erscheint jedoch zweifelhaft.

Der Vormund ist als gesetzlicher Vertreter in der Lage, alle Rechte seines Mündels auszuüben. Enthält eines dieser Rechte auch die Befugnis, Dritte zu verpflichten, so wird dadurch an der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vormunds, alle Rechte des Mündels auszuüben, nichts

1) Weipert in RGR-K HGB § 127, 16.

geändert.

Eine Einschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht eines Vormunds, sobald ein Recht des Mündels die Verpflichtung Dritter beinhaltet, ist nirgends zu entnehmen. Der Hinweis der oben geäußerten Ansicht, nichts anderes ergäbe sich aus dem Wesen der Offenen Handelsgesellschaft, vermag nicht zu überzeugen.

Es kann in diesem Zusammenhang nur auf die im ersten Teil der Arbeit erfolgte Ablehnung der "Wesensbegründung" verwiesen werden.¹⁾

Es ist vielmehr eine ins Einzelne gehende Interessenabwägung nötig, ob durch die Ausübung des gesellschaftlichen Vertretungs- und Geschäftsführungsrechts durch den Vormund irgendwelche Interessen der Gesellschaft berührt werden und diese stärker sind als die Interessen des Mündels an gesetzlicher Vertretung und Beteiligung an der Geschäftsführung und Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft.

Diese Interessenabwägung wurde im ersten Teil der Arbeit vorgenommen und kann hier übernommen werden, da wie schon erwähnt die Vorschriften über die Vormundschaft Minderjähriger auf die Vormundschaft über Volljährige Anwendung finden.

Der Vormund ist daher befugt, alle Gesellschafterrechte und -pflichten des Mündels auszuüben.²⁾

Änderungen dieser Ausübungsbefugnis gegenüber der bei einem Minderjährigen bestehenden Ausübungsbefugnis von Gesellschafterrechten ergeben sich nur aus den §§ 1901 bis 1903 BGB.

Da die Mitverwaltungsrechte und -pflichten nicht zu dem Vermögen des Gesellschafters gehören und somit der Personensorge unterstehen³⁾, darf der Vormund diese nur insoweit ausüben, als der Zweck der Vormundschaft es erfordert. Soweit es möglich und mit den Mündelinteressen vereinbar ist, wird dem Mündel die Handlungsfreiheit daher zu belassen sein.⁴⁾ Sofern die Mitverwaltung in der Gesellschaft daher reine Realhandlungen bedingt und die Vornahme derselben durch den Mündel in dessen Interesse liegt, darf der Vormund diese Tätigkeit nicht ausüben.

Eine weitere Beschränkung der Ausübungsbefugnis des Vormunds eines Volljährigen ergibt

1) Vgl. oben S. 13

2) Enneccerus-Nipperdey, § 112, II, S. 672; Schlegelberger-Geßler, § 125, 4.

3) Heinsheimer, S. 97; Badewitz, S. 48 u. vgl. oben S. 15

4) Palandt-Lauterbach, § 1901, 1.

sich aus § 1902, 2 BGB, wonach der Vormund zum Abschluß eines Miet-, Pacht- oder anderen Vertrags, durch den der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, und der länger als vier Jahre dauern soll, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Werden die Eltern des Mündels zum Vormund bestellt, so genießen sie die Befreiung nach den §§ 1852 bis 1854 BGB (§ 1903 BGB). Sie bedürfen also keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei der Verfügung über Forderungen des Mündels, die 300.-- DM übersteigen. Dies spielt hinsichtlich der Geltendmachung von gesellschaftlichen Vermögensrechten des Mündels eine Rolle, da diese dann ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgenommen werden können.¹⁾

Ist dem Mündel eine Ermächtigung nach § 112 BGB erteilt worden, was bei den dem beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen gleichstehenden Entmündigten möglich ist, dann übt der Mündel grundsätzlich die gesellschaftlichen Mitverwaltungsrechte und -pflichten persönlich aus.

Auf die Ausübung der gesellschaftlichen Vermögensrechte und -pflichten hat § 112 BGB jedoch keinen Einfluß. Diese werden von dem Vormund ausgeübt.

II. Pflegschaft

Eine Pflegschaft Volljähriger kann gemäß den §§ 1910, 1911 und 1913 BGB angeordnet werden.

§ 1910, 1 BGB behandelt die sogenannte Totalpflegschaft²⁾, die bei körperlichen Gebrechen durch das Vormundschaftsgericht angeordnet werden kann.

Gemäß § 1910, 2 BGB kann eine sogenannte Spezialpflegschaft³⁾ dann angeordnet werden, wenn das Schutzbedürfnis nur bei einzelnen Angelegenheiten oder einem Kreis von Angelegenheiten besteht.

Nach § 1911 BGB kann die sogenannte Abwesenheitspflegschaft angeordnet werden. Sie ist eine im Interesse eines abwesenden Volljährigen angeordnete Personenpflegschaft, die dem Schutz des einer Fürsorge bedürftigen Vermögens des Abwesenden dient.⁴⁾

1) Vgl. oben S. 84. entsprechende § 1813, 4 BGB

2) Germer in Soergel-Siebert, § 1910, 2.

3) Germer in Soergel-Siebert, § 1910, 3.

4) RG 126, 261.

Auch kann gemäß § 1913 BGB grundsätzlich ein Pfleger bestellt werden, wenn bei einer Angelegenheit der Beteiligte unbekannt oder ungewiß ist, wenn auch in der Praxis in diesem Falle die Geschäftsfähigkeit, ja sogar die Rechtsfähigkeit des unbekannten Beteiligten selten sein wird.¹⁾

Schließlich ist noch an die sogenannte Nachlaßpflegschaft des § 1960, 2 BGB zu denken. Zum Nachlaß kann eine Gesellschaftsbeteiligung an einer Offenen Handelsgesellschaft gehören. Der Pfleger ist dann Vertreter desjenigen, welcher sich schließlich als der wirkliche Erbe herausstellen wird.²⁾

Die erwähnten Fälle einer Pflegschaftsmöglichkeit können sämtlich auch im Rahmen einer Offenen Handelsgesellschaft in Betracht kommen.

Ob der Pfleger einer volljährigen geschäftsfähigen Person die Stellung eines gesetzlichen Vertreters oder eines staatlich bestellten Bevollmächtigten hat, ist umstritten.³⁾

Wird hier auf den Pfleger eines volljährigen Gesellschafters im Rahmen dieser Arbeit, die die Stellung des gesetzlichen Vertreters in der Offenen Handelsgesellschaft behandelt, eingegangen, so bedeutet dies keine Festlegung auf die Ansicht, der Pfleger sei ein gesetzlicher Vertreter. Vielmehr soll dieser Streit nicht im einzelnen erläutert werden, da es bei der Prüfung der Verträglichkeit der gesetzlichen Vertretung mit den Interessen der Gesellschaft nicht entscheidend darauf ankommt, ob ein durch das Gesetz berufener Vertreter oder ein durch den Staat berufener Vertreter als Nichtgesellschaftler in der Offenen Handelsgesellschaft auftritt.

Der Wirkungskreis des Pflegers in der Offenen Handelsgesellschaft bestimmt sich maßgebend nach dem Inhalt der vormundschaftsgerichtlichen Verpflichtungshandlung⁴⁾, die im allgemeinen in der Bestallungsurkunde ihren Niederschlag findet.

Der Pfleger ist somit nicht wie der Vormund grundsätzlich allgemein innerhalb der gesetzlichen Schranken zur Vertretung des Mündels berechtigt, sonder nur innerhalb der ihm vom Vormundschaftsgericht zugewiesenen Grenzen.

1) Riezler, S. 372.

2) Riezler, S. 378; Bayr. Oberst. LG 3, 481.

3) Für staatlich bestellten Bevollmächtigten beim Gebrechlichkeitspfleger (§ 1910 BGB): RG HRR 1929, Nr. 1651; Bayr. Oberst. LG JZ 62, 644; NJW 62, 677; KG NJW 61, 2114; a.A. Kipp-Wolff, S. 568; Laux, S. 343; Planck, 3. Aufl., Vorbem. 3 vor § 1909; Staudinger, 9. Aufl., Vorbem. 4 vor § 1909; OLG Celle in Fam. RZ 63, 465.

4) Palandt-Lauterbach, Einf. 1 vor § 1909; KG HRR 30, 47.

Ein Pfleger kann daher vom Vormundschaftsgericht auch zur Vertretung des Pflegebefohlenen in der Ausübung bestimmter oder aller Gesellschafterrechte oder -pflichten einer Offenen Handelsgesellschaft ermächtigt werden.

Hinsichtlich der Frage, inwieweit durch die Ausübung von Gesellschafterrechten und -pflichten durch einen Nichtgesellschafter, hier den Pfleger, die Interessen der Mitgesellschafter berührt werden, ist im wesentlichen auf das im ersten Teil der Arbeit Gesagte zu verweisen.

Auch der Pflegebefohlene hat sich das schuldhaft pflichtwidrige Verhalten des Pflegers gemäß § 278 BGB zurechnen zu lassen.¹⁾ Der Pflegebefohlene kann gemäß den §§ 1915, 1833 BGB Regreß nehmen.²⁾

Ebenso finden auf Grund der allgemeinen Zurechnungsnorm des § 166,1 BGB³⁾ die Entziehungsvorschriften der §§ 117, 127 HGB und die Vorschriften der §§ 133, 140 HGB bei einem pflichtwidrigen Verhalten des Pflegers gegenüber dem Pflegling Anwendung.⁴⁾

Pfleger und Pflegling können somit zusammen wie ein ordentlicher Gesellschafter behandelt werden.

Aus diesem Grunde ist auch hier ein Interesse der Gesellschafter am Ausschluß der gesellschaftsfremden Person des Pflegers nicht anzuerkennen.

Die vom Bürgerlichen Gesetzbuch vorgesehene Vertretung eines Pflegebefohlenen durch seinen Pfleger ist daher auch im gesellschaftsrechtlichen Bereich möglich.

Soweit somit die Vertretung des Pflegebefohlenen in gesellschaftlichen Rechten und Pflichten einer Offenen Handelsgesellschaft zum Wirkungskreis des Pflegers gehört, ist er zur Ausübung von Mitverwaltungsrechten und -pflichten und Vermögensrechten und -pflichten in der Gesellschaft befugt.⁵⁾

1) Der Ausdruck gesetzlicher Vertreter in § 278 BGB ist nicht im eigentlichen, sondern im weiteren Sinne des Handelns mit Wirkung für Andere zu verstehen (vgl. Palandt-Danckelmann § 278, 2a). Selbst wenn man daher der Ansicht, der Pfleger sei ein staatlicher Bevollmächtigter, den Vorzug gibt, spricht dies nicht gegen eine Anwendung des § 278 BGB, der schließlich noch eine Einreihung des Pflegers als Erfüllungshilfe erlaubt.

2) BGH WM 62, 582.

3) § 166 BGB, der auch auf den gesetzlichen Vertreter Anwendung findet, findet naturgemäß erst recht auf den staatlich Bevollmächtigten Anwendung, wollte man den Pfleger als solchen bezeichnen.

4) RG 105, 376 (377).

5) Schneider, W. in BB 55, 948 (949)

Bei der somit grundsätzlich zulässigen Ausübung der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten des Pflegebefohlenen durch den Pfleger tritt jedoch insofern ein Problem auf, als der Pflegebefohlene zur Ausübung seiner Rechte und Pflichten auch weiterhin befugt ist.

In den bisher behandelten Fällen waren entweder nur die Eltern bzw. der Vormund zur Ausübung der Rechte und Pflichten des Minderjährigen befugt oder der nach § 112 BGB ermächtigte Gesellschafter selbst. Soweit der nach § 112 BGB Ermächtigte selbst handeln konnte, waren die Eltern bzw. der Vormund nicht befugt zu handeln.¹⁾

Hier jedoch tritt insofern eine andere Rechtslage ein, als die Geschäftsfähigkeit des Pfleglings durch die Pflegerbestellung nicht berührt wird.²⁾

Der Pflegling ist ebenso wie der Pfleger zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte und -pflichten befugt.

Es besteht daher einmal die Möglichkeit, daß der Pflegling und der Pfleger zeitlich nacheinander a) gleiche, b) ungleiche Willenserklärungen abgeben.

Ebenso besteht aber auch die Möglichkeit, daß der Pflegling und sein Pfleger gleichzeitig a) gleiche, b) ungleiche Willenserklärungen abgeben.

Es besteht dann die Frage, welche der beiden Erklärungen die rechtlich wirksame ist.

Unberechtigt und nicht aus dem Gesetz zu entnehmen erscheint die Ansicht³⁾, nach welcher die vom Pfleger abgegebene Willenserklärung in jedem Fall den Vorzug hat.

Diese Ansicht verträgt sich nicht mit dem Grundsatz der Vertretung, der darin besteht, daß die Willenserklärung des Vertreters unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt, als ob dieser die Willenserklärung selbst abgegeben hätte. Die Vertretungshandlung ist somit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine fiktive Eigenhandlung.⁴⁾

Hieraus folgt, daß die oben bezeichneten Fälle ebenso zu beurteilen sind, als ob ein und dieselbe Person die Willenserklärungen abgegeben hätte.⁵⁾

Zuerst sollen die Fälle bei zeitlichem Auseinanderfallen der Willenserklärungen behandelt werden.

1) Staudinger-Coing, § 112,8; vgl. oben S. 51

2) RG 52, 224; 145, 288; Recht 1930, Nr. 581; Fam. RZ 57, 57 BGB 15, 262 (266).

3) Krüger-Nieland in RGR-K BGB § 115,2; Cernmann, § 115,2; Rehbein, § 104-115 Bem. C II, 2,a; S. 116.

4) Enneccerus-Nipperdey, § 151 IV, 3.

5) Riezler, AcP 98, 388; Staudinger-Coing, § 115,2.

Nimmt der Pfleger eine Verfügung vor, die einer Verfügung seines Pfleglings entspricht, ihr aber zeitlich nachfolgt, so ist die Verfügung des Pflegers als die zeitlich spätere unwirksam.

Dies ergibt sich daraus, daß die von demselben Rechtssubjekt später getroffene Verfügung rechtlich unmöglich ist. Ist das Eigentum übertragen, so kann es nicht noch einmal übertragen werden. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn der Pfleger über denselben Gegenstand zeitlich später als der Pflegling eine der ersten Verfügung widersprechende Verfügung trifft, die nicht neben der ersten rechtlich bestehen kann.

Ist die Rechtsänderung durch das Handeln des Pfleglings eingetreten, so hat der Pfleger keine Legitimation mehr, eine der ersten Verfügung rechtlich widersprechende Verfügung vorzunehmen. Er handelt insoweit als Nichtberechtigter.¹⁾

Das gleiche gilt für den Pflegling, wenn umgekehrt der Pfleger zuerst handelt.

Wird von dem Pfleger eine zeitlich später liegende Verpflichtung vorgenommen, der eine Verpflichtung des Pfleglings vorausgeht, so ist der Prioritätsgrundsatz nur bedingt anwendbar.

Entsprechen sich die beiden Verpflichtungen, sind sie also von dem Pfleger und seinem Pflegling als ein Rechtsgeschäft gewollt, und ist dies auch rechtlich möglich, so gilt dann der Grundsatz der Priorität, wenn die Gegenpartei von der Sachlage Kenntnis hat.²⁾

Grundsätzlich sind jedoch beide Verpflichtungen gültig, da derjenige, in dessen Rechtskreis die Gefahr eines doppelten Geschäftsabschlusses geschaffen worden ist, das daraus resultierende Risiko übernehmen muß.³⁾

Hat daher der zweite Geschäftspartner von der gewollten Identität beider Rechtsgeschäfte keine Kenntnis oder sind die Verpflichtungen gar nicht identisch, so sind beide Verpflichtungen gültig.

Kann das obligatorische Geschäft nur einmal erfüllt werden, so wird die Prävention in Erlangung der Leistung unter den Gläubigern das Entscheidende sein.⁴⁾

Handelt es sich jedoch um eine teilbare Leistung, so trifft den Schuldner aus § 242 BGB die Pflicht, die Lieferungsgegenstände anteilig unter die Gläubiger zu verteilen.⁵⁾

1) Gogos, S. 37.

2) Riezler, S. 400.

3) Staudinger-Coing, § 115, 2.

4) Riezler, S. 402; Staudinger-Coing, § 115, 2.

5) Staudinger-Coing, § 115, 2; RG 84, 125.

Der Schuldner haftet jedoch aus den §§ 325; 275, 2 BGB wegen Unvermögens zur Leistung den Gläubigern, deren Anspruch wegen der Prävention keine Befriedigung erlangen konnte.¹⁾

Diese Grundsätze sind auch im Gesellschaftsbereich anzuwenden.

Nimmt der Pfleger eines Gesellschafters einer Offenen Handelsgesellschaft, infolge des gesellschaftlichen Vertretungsrechts seines Pfleglings, eine Verfügung vor, die einer Verfügung seines Pfleglings zeitlich nachfolgt, so ist diese Verfügung unwirksam, unabhängig davon, ob diese Verfügung der ersten Verfügung entspricht oder widerspricht. Dem Pfleger fehlt die Legitimation zu der zweiten Verfügung.²⁾ Der Pfleger kann die so entstandene Rechtslage nicht rückwirkend aufheben, sondern nur durch eine neue Handlung, etwa eine Kündigung, oder den Abschluß eines neuen Vertrages ändern.³⁾

Nimmt der Pfleger infolge des gesellschaftlichen Vertretungsrechts seines Pfleglings eine Verpflichtung vor, die einer Verpflichtung des Pfleglings über denselben Gegenstand zeitlich nachfolgt, so sind beide wirksam, entscheidend ist die Prävention der Leistung.

Der Gesellschaft kann durch die doppelten Erklärungen ein Schaden entstehen, da z.B. der zweite Zessionar einer Forderung, der unbefriedigt bleibt, von der Gesellschaft Schadensersatz auf Grund der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung verlangen kann. Hatte der zweite Zessionar die Forderung von der Gesellschaft schon eingezogen, so ist der erste Zessionar, gemäß den erwähnten Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung, berechtigt, Schadensersatz von der Gesellschaft zu verlangen.⁴⁾

Im Innenverhältnis kann die Gesellschaft von dem vertretungsbefugten Pflegling dann Ersatz verlangen, wenn er vertragswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Der Maßstab der Sorgfalt des Pfleglings richtet sich nach § 708 BGB.

Für ein vertragswidriges und schuldhaftes Verhalten des Pflegers hat der Pflegling nach § 278 BGB zu haften, wobei auch hier der Maßstab des § 708 BGB herangezogen werden muß⁵⁾, so daß der Pflegling der Gesellschaft nur haftet, wenn der Pfleger hinter der von ihm normalerweise beobachteten Sorgfalt zurückgeblieben ist. Ist dies der Fall und entsteht dem Pflegling ein Schaden, so kann er den Pfleger gemäß § 1833 i.V.m. § 1913 BGB in

1) Riezler, S. 407.

2) Gogos, S. 37; Weipert in RGR-K HGB § 126, 13.

3) Weipert in RGR-K HGB § 126, 13.

4) Gogos, S. 37.

5) Vgl. oben S. 26

Regreß nehmen.

Auch hier zeigt sich wieder, daß das Auseinanderfallen eines Gesellschafters in Pflegling und Pfleger keinerlei Interessenbeeinträchtigung der Gesellschaft herbeiführt. Diese ist auf allen Seiten abgedeckt.

Schwierigkeiten bereitet die Einordnung der Stimmabgabe in die oben erfolgte Gruppierung von Verfügungen und Verpflichtungen.

Die Einzelstimme führt regelmäßig noch nicht die gewünschte Rechtswirkung herbei, sondern erst die Zusammenfassung der einzelnen Stimmen im Beschluß. Die Einzelstimme ist somit selbst noch nicht als Rechtsgeschäft anzusehen, sondern nur als Teil davon.¹⁾

Erst dem Beschluß selbst kommt rechtsgeschäftlicher Charakter zu.

Tritt mit dem Abschluß des Rechtsgeschäfts, das heißt mit dem Zustandekommen des Beschlusses eine Rechtsänderung ein, z.B. begründet der Beschluß für einen geschäftsführenden Gesellschafter die Befugnis ein bestimmtes außergewöhnliches Geschäft vorzunehmen, oder führt der Beschluß eine Änderung des Gesellschaftsvertrags unmittelbar herbei, dann ist dieser Vorgang unter die oben genannte Gruppe der Verfügung zu zählen.

Hat somit die Stimme des Pfleglings zu einem rechtsgestaltenden Gesellschaftsbeschluß geführt, so ist eine nachträgliche Stimmabgabe des Pflegers nicht mehr möglich, da ihm die Legimitation hierzu fehlt.

Bei Beschlüssen, die zu keiner unmittelbaren Rechtsänderung führen, hat der Pfleger die Möglichkeit, eine vom Pflegling herbeigeführte Stimmabgabe zu widerrufen.

Dies ist jedoch nur möglich, wenn der Beschluß nicht mit der Abstimmung wirksam geworden ist, wie z.B. bei den gesellschaftsvertragsändernden Beschlüssen. Zudem ist ein solcher Widerruf der Abstimmung nur möglich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein willkürlicher Widerruf wäre mit einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung unvereinbar.²⁾

Auch die Ausübung des Widerspruchsrechts ist unter die Gruppe der Verfügungen zu zählen. Denn die Folge des rechtswirksam erklärten Widerspruchs ist, daß die geplante Handlung zu unterbleiben hat. Durch den Widerspruch verliert also der Gesellschafter, gegen den sich der Widerspruch richtet, für die betreffende Handlung die Befugnis, ohne Zustimmung des Widersprechenden zu handeln.

1) OLG München DFG 42,58; RG 118,69; KG JFG 12,237.

2) Weipert in RGR-K HGB § 119,19.

Der Widerspruch führt somit unmittelbar eine Rechtsänderung in dem Umfang der Befugnis des Gesellschafters herbei, gegen den sich der Widerspruch richtet. Der Widerspruch ist damit der Gruppe der Verfügungen zuzurechnen.

Übt somit der Pflegling ein Widerspruchsrecht aus, so ist der Pfleger danach nicht mehr berechtigt, ein Widerspruchsrecht auszuüben oder den einmal wirksam gewordenen Widerspruch des Pfleglings zu widerrufen.

Die Geschäftsführerhandlung muß unterbleiben, es sei denn, die Gesellschafter beschließen die Vornahme der Handlung.

Auch die Kündigung nach § 132 HGB wird als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam, wenn sie vor Ablauf der Frist allen Empfangsberechtigten zur Kenntnis kommt.

Da sie auch eine unmittelbare Rechtswirkung auslöst, kann der Pfleger gegen eine einmal erfolgte Kündigung des Pfleglings nichts mehr unternehmen.

Bei gleichzeitigem Handeln des Pflegers und seines Pfleglings gestaltet sich die Rechtslage wiederum anders.

Sind die beiden Rechtsakte identisch, so ergibt sich kein Problem, da nur eine Willenserklärung vorliegt.

Widersprechen sich jedoch die Willenserklärungen, so gibt eine Ansicht der Willenserklärung des Pflegers den Vorzug.¹⁾ Dies ist jedoch mit der Natur der Vertretung, die die Erklärung des Vertreters als fingierte Erklärung des Vertretenen auffaßt, nicht vereinbar.

Die Erklärungen von Vertretenem und Vertreter sind vielmehr wie Erklärungen einer Person zu behandeln. Danach würden sich die widersprechenden Erklärungen gegenseitig aufheben, also beide unwirksam sein; denn ein klarer Ausdruck des als einheitlich zu fingierenden Willens liegt nicht vor.²⁾ Dies gilt insbesondere für gleichzeitig vorgenommene, sich widersprechende Verfügungen.³⁾

Bezüglich der Haftung im Innenverhältnis ist auf das bei den zeitlich auseinanderliegenden Handlungen Gesagte zu verweisen.⁴⁾

1) Krüger-Nieland in RGR-K BGB § 115, 2; vgl. oben S. 100

2) Riezler, S. 410, Anm. 44; Staudinger-Coing

3) Enneccerus-Nipperdey, § 151, IV, 3; Planck-Flad, § 115, 2; Seydel i. Soergel-Siebert, § 115, 1; Lehmann-Henrich, Fam. R.S. 301

4) Vgl. oben S. 102

Da die zu einem rechtsgestaltenden Gesellschaftsbeschluß führende Stimmrechtsabgabe bereits als verfügungsähnliche Willenserklärung charakterisiert wurde, so ist eine gleichzeitige sich widersprechende Stimmrechtsabgabe des Pfleglings und seines Pflegers in der gleichen Gesellschaftsversammlung nichtig; denn ein klarer Ausdruck des als einheitlich zu fingierenden Willens liegt nicht vor.¹⁾ Die Stimme des pflegebefohlenen Gesellschafters entfällt. Der Gesellschaftsbeschluß kommt nur in Auszählung der Stimmen der Mitgesellschafter zustande.

Dies erscheint gerade im Hinblick auf die Ausübung des Stimmrechts als die gerechteste Lösung. Will der Pflegling seine entscheidende Stimme für ein ihm ungünstiges Geschäft abgeben, so kann der Pfleger widersprechen. Die Folge ist, die entscheidende Stimme fällt aus und der dem Pflegling ungünstige Beschluß kommt nicht zustande.

Will der Pfleger die entscheidende Stimme für ein dem Pflegling günstigen Beschluß abgeben und widerspricht gleichzeitig der Pflegling, so entfällt die entscheidende Stimme. Der Beschluß kommt nicht zustande.

Dieses Ergebnis scheint dem Zweck der §§ 1910 ff. BGB, die eine Unterstützung des Pfleglings in einzelnen Angelegenheiten bezwecken, zu widersprechen.

Der Grundsatz der Unterstützung gilt jedoch nur gegenüber Dritten, das heißt der Pfleger soll dem Pflegling in Vornahme von Rechtsgeschäften gegenüber Dritten helfen. Der Grundsatz ist jedoch nicht so zu verstehen, daß der Pflegling nunmehr in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt wird, soweit ihn der Pfleger unterstützt. Der Pflegling besitzt seine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit und ist demnach auch befugt, für ihn ungünstige Geschäfte abzuschließen.

Der Pflegling kann daher auch eine für ihn günstige Stimmabgabe zu Fall bringen.

Hätte der Gesetzgeber dieses Ergebnis vermeiden wollen, so hätte er den Pflegling in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt. Damit wäre die Institution der Pflegschaft gegenüber der der Vormundschaft sehr abgeschwächt worden.

Das gleiche ist von dem Kündigungsrecht und dem Widerspruchsrecht zu sagen. Kündigt der Pflegling und widerspricht der Pfleger gleichzeitig, so ist keine Kündigung erfolgt. Ebenso liegt es beim Widerspruchsrecht.

Bei gleichzeitigen sich widersprechenden Verfügungen sind beide Willenserklärungen nichtig, ein einheitlicher Wille läßt sich nicht feststellen.

1) Riezler, S. 410, Anm. 44; Staudinger-Coing, § 115, 2.

Das gleiche gilt von gleichzeitig gegenüber derselben Person abgegebenen sich widersprechenden Verpflichtungen. Hier kann jedoch § 242 BGB bei Erfüllung der sich widersprechenden Verpflichtungen herangezogen werden, soweit eine Erfüllung rechtlich möglich ist.¹⁾

Sind widersprechende Verpflichtungen gleichzeitig gegenüber verschiedenen Personen erfolgt, so steht nichts entgegen, sie gleich den zeitlich nacheinander liegenden sich widersprechenden Verpflichtungen zu behandeln.²⁾ Beide Verpflichtungen sind wirksam.

1) Vgl. oben S. 101

2) Riezler, S. 411

C. Zusammenfassung

Die im Bürgerlichen Gesetzbuch vorgesehene gesetzliche Vertretung ist im Gesellschaftsrecht nicht durch entgegenstehende Vorschriften ausgeschlossen.

Das Auftreten eines gesetzlichen Vertreters in einer Offenen Handelsgesellschaft versetzt jedoch einen Nichtgesellschafter in die Lage, Rechte und Pflichten eines ordentlichen Gesellschafters auszuüben. Dies widerspricht dem grundsätzlichen Interesse der Gesellschaft einer Personalgesellschaft am Ausschluß von gesellschaftsfremden Personen.

Sofern daher nicht eine Ausübung der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten durch den Gesellschafter selbst in Betracht kam, wurde geprüft, ob die Ausübung dieser Rechte und Pflichten durch den gesetzlichen Vertreter mit dem Gesellschaftsinteresse zu vereinbaren war.

Jedes Mitgliedschaftsrecht und Vermögensrecht, sowie jede gesellschaftsrechtliche Pflicht wurde einzeln hierauf untersucht. Es wurde dabei festgestellt, daß sowohl die Haftungsvorschriften, wie die Vorschriften über den Entzug der Vertretungsmacht bzw. der Geschäftsführungsbefugnis, die Auflösungs- und Ausschlußklage auch gegenüber einem vertretenen Gesellschafter sowie seinem gesetzlichen Vertreter in vollem Umfange anzuwenden sind.

Hierdurch sowie durch die bei der gesetzlichen Vertretung bestehenden bürgerlich-rechtlichen Verpflichtungen gegenüber dem Vertretenen ergab sich, daß der gesetzlich vertretene Gesellschafter trotz des Auseinanderfallens in Vertretenen und gesetzlichen Vertreter wie ein ordentlicher Gesellschafter zu behandeln ist.

Bei konsequenter Durchführung der die Gesellschaftsinteressen schützenden Bestimmungen gegenüber dem Gesellschafter und dessen gesetzlichen Vertreter bestehen keine Bedenken gegen die gesetzliche Vertretung in der Offenen Handelsgesellschaft.

Literaturverzeichnis

- Achilles-Greifff Bürgerliches Gesetzbuch
21. Auflage, Berlin 1958
- Badewitz Der Minderjährige als Gesellschafter der Offenen
Handelsgesellschaft
Diss. Jena 1935
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch
17. Auflage, Berlin und München 1966
- Beitzke Familienrecht
13. Auflage, München und Berlin 1966
- Beitzke Anmerkung zum Urteil des BGH in JR 1963, 182
- Biddermann Der minderjährige Gesellschafter
Darmstadt 1961
- Brand Das Handelsgesetzbuch Berlin 1911
- Crome System des Deutschen Bürgerlichen Rechts
1. Bd. Allgemeiner Teil, Tübingen 1900
- Dernburg Die Schuldverhältnisse, 1. Abteilung
3. Auflage, Halle 1905
- Dölle Familienrecht
Bd. II, Karlsruhe 1965
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch
Bd. I, 3. Auflage, Mannheim 1930
Bd. II, 1. und 2. Teil
3. Auflage, Mannheim 1932
- Eccius Die Stellung der Offenen Handelsgesellschaft als Pro-
zesspartei
In: ZHR 1932, 1 ff.
- Enneccerus Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
Bd. II, Schuldverhältnisse, 11. Bearb., Marburg 1930
- Enneccerus-Lehmann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
Bd. II, Schuldverhältnisse,
15. Auflage, Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
Bd. I, 1. Halbbd., Allgemeiner Teil
16. Auflage, Tübingen 1959
Bd. I, 2. Halbbd., Allgemeiner Teil
15. Auflage, Tübingen 1960
- Erman Handkommentar zum BGB Bd. II
4. Auflage, Münster 1967

- Esser Lehrbuch des Schuldrechts
2. Auflage, Karlsruhe 1960
- Esser Die Verantwortlichkeit des Verletzten für mitwirkendes
Verschulden seiner Hilfspersonen
In: JZ 52, 360
- Feder, Ernst Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem
BGB, Berlin 1902
- Gareis Das Deutsche Handelsrecht
8. Auflage, Berlin 1909
- Glitsch Fähigkeit und Befugnis Kaufmann zu sein
In: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts
Bd. II, S. 155 ff., Leipzig 1914
- Gogos Die Geschäftsführung der Offenen Handelsgesellschaft
Tübingen 1953
- Goldmann Kommentar zum HGB
Bd. II, Berlin 1905
- v. Hahn Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetz-
buch
Bd. I, 3. Auflage, Braunschweig 1877
- Haupt-Reinhardt Gesellschaftsrecht
4. Auflage, Tübingen 1952
- Heck Grundriß des Schuldrechts
Tübingen 1929
Unveränderter Nachdruck 1958
- Heinsheimer Über die Teilhaberschaft
Heidelberg 1930
- Hirsch Leitfaden des Handels- und Gesellschaftsrechts
4. Auflage, Berlin und Frankfurt 1966
- Hueck Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft
3. Auflage, Berlin 1964
- Hueck Festschrift für Hübner Sonderdruck 1935
- Hueck Die Übertragung von Geschäftsanteilen
In: ZHR 83, 1 ff.
- Hueck Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer
Kommanditgesellschaft
In: ZHR 125, 1 ff.
- Hueck Die Geltendmachung von Sozialansprüchen bei der Offe-
nen Handelsgesellschaft
In: ZAk DR 44, 103
- Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Familienrecht
Bd. IV, 7. Bearbeitung, Marburg 1931

- Knopp Über die Genehmigungsbedürftigkeit von Änderungen eines Gesellschaftsvertrags bei Beteiligung von Minderjährigen oder Mündeln
In: BB 1962, 939 ff.
- Kohler Die Offene Handelsgesellschaft als juristische Person
In: ZHR 74, 456 ff.
- Kohler Die Offene Handelsgesellschaft als juristische Person
In: Arch. für bürgerliches Recht 40, 229 ff.
- Laux Personen- und Vermögenspflegschaft
In: Jher. Jahrb. 71, 343
- Lehmann Gesellschaftsrecht
2. Auflage, Berlin 1959
- Lehmann-Henrich Deutsches Fam.-Recht, 4. Aufl., Berlin 1967
- Lehmann-Ring Kommentar zum HGB
Bd. I, 2. Auflage, Berlin 1914
- Leonhard Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts
Bd. I, Breslau 1900
- Leonhard Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1. Band,
München-Leipzig 1929
- Merkel Mängel in Personengesellschaftsverträgen des Handelsrechts
In: BB 1963, 455
- Müller-Erbach Deutsches Handelsrecht
2./3. Auflage, Tübingen 1928
- Müller-Erbach Die Rechtswissenschaft im Umbau
München 1950
- Müller-Freienfels Die Vertretung beim Rechtsgeschäft
Tübingen 1955
- Näf Die Bedeutung der Handlungsunfähigkeit im Gesellschaftsrecht
Sammlung Schweizerischer Diss., Winterthur 1957
- Neufeld-Schwarz Handelsgesetzbuch
Bd. I, Berlin 1931
- Oertmann Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar Allgem. Teil
3. Auflage, Berlin 1927
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
26. Auflage, München und Berlin 1967
- Pfäfflin Die abgeleitete Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen auf Grund der §§ 112, 113 BGB
In: Gruch. Beitr. 48, 1 ff.

Lebenslauf

Am 17. Juni 1940 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Hans-Gerhard Knitter und dessen Ehefrau Ursula in Berlin geboren.

Von Ostern 1946 bis Ostern 1950 besuchte ich die Volksschule in Tegerensee, anschließend das Heinrich v. Gagern Gymnasium in Frankfurt am Main. Im Februar 1961 legte ich die deutsche Reifeprüfung im Institut auf dem Rosenberg in St. Gallen ab.

An der Universität in Heidelberg begann ich mit dem rechtswissenschaftlichen Studium. Im 4. Semester studierte ich gastweise an der Rechtsfakultät von Paris.

Vom Sommersemester 1963 an setzte ich mein Studium an der Philipps-Universität in Marburg an der Lahn fort. Meine akademischen Lehrer waren vor allem die Herren Professoren Henrich, Reinhardt, Baumgärtel und Schwinge. Am 21. März 1966 legte ich in Marburg die erste Juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. März 1967 befinde ich mich im Juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen.

